Die Vollziehung der Rückgewähr bei der Wandelung.

Ein Beitrag zur Erläuterung des § 467 BGB.

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der Doktorwürde

der Juristischen Fakultät der Universität zu Rostock

vorgelegt von

Franz Medicus

Referendar in Dessau.

Borna-Leipzig

Buchdruckerei Robert Noske

1914.

Referent: Geh. Justizrat Prof. Dr. Matthiaß.

Meinem lieben Vater.

Inhaltsverzeichnis.

Literaturverzeichnis.

Baring, Aufwendungen, Verwendungen, Einrichtungen und ihr Ersatz. Im Sächsischen Archiv Bd. 14 S. 459 ff.

Bürgerliche Gesetzbuch, Das. Erläutert von den Reichsgerichtsräten. Nürnberg 1910.

Conze, Der Einfluß einer Verfügung des Käufers über die Kaufsache auf die ädilizischen Rechtsmittel. Diss. 1903.

Cohn, Die Kaufgelderhypothek nach der Wandelung. In der Juristischen Wochenschrift 1902 S. 7 ff.

Cosack, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. Bd. 1. 6. Aufl. 1913.

Denkschrift zum Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs. 1896.

Dernburg, Pandekten. 8. Aufl. 2. Teil. 1912.

Dernburg, Die Schuldverhältnisse. 4. Aufl. 1. u. 2. Abt. 1909.

Deutsche Juristenzeitung. (zit.: DJZ.)

Düringer-Hachenburg, Das Handelsgesetzbuch auf der Grundlage des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Bd. 2 u. 3. 2. Aufl. 1913.

Eccius, Die Gewährleistung wegen Mängel der Sache nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch. In Gruchots Beiträgen Bd. 43 S. 305 ff.

Eccius in Gruchots Beiträgen Bd. 51 S. 529 ff.

Ehrlich, Die stillschweigende Willenserklärung. 1893.

Eck, Statthaftigkeit der ädilizischen Klagen trotz Verfügung des Käufers über die Sache. In der Festgabe für Beseler 1885.

Enneccerus-Kipp-Wolff, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts: Recht der Schuldverhältnisse. 6.—8. Aufl. 1912.

Enneccerus-Kipp-Wolff, Sachenrecht. 1. u. 2. Aufl. 1910.

Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen. Verlag Veit & Co., Leipzig.

Feder, Verantwortlichkeit für fremdes Verschulden nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch. Diss. 1902.

Grabener, Zur Auslegung des § 465 BGB. In Gruchots Beiträgen Bd. 50 S. 255 ff., Bd. 51 S. 516 ff.

Hanausek, Die Haftung des Verkäufers für die Beschaffenheit der Ware. 1883.

Hanseatische Gerichtszeitung.

Haymann, Die Haftung des Verkäufers für die Beschaffenheit der Kaufsache. 1912.

Haymann, Zur Frage nach der rechtlichen Natur und prozessualen Behandlung des Wandelungsanspruchs. In Gruchots Beiträgen Bd. 46 S. 509 ff.

Hellwig, Anspruch und Klagerecht. 1900.

Herbst, Klageantrag und Urteilstenor bei Wandelungsklagen. In der Zeitschrift für Rechtspflege in Bayern Bd. 1 S. 441.

Heuer im Recht 1902 S. 97.

Juristische Wochenschrift. (zit.: JW.)

Keidel, Handausgabe des Bürgerlichen Gesetzbuchs. 1912.

Kisch, Die Wirkungen der nachträglich eintretenden Unmöglichkeit. 1900.

Klein, Das Anwendungsgebiet des § 313 BGB. Diss. 1909.

Kohler, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. Bd. 2. Teil 1. 1906.

Kohler, Über den Begriff der Rechtsbeugung. In der Deutschen Juristenzeitung 1904 S. 613 ff.

Kraus, Wirkung des Rücktritts vom Vertrage, insbesondere der Wandelung beim Kauf. In der Zeitschrift für Rechtspflege in Bayern Bd. 2 S. 401.

Krückmann, Unmöglichkeit und Unmöglichkeitsprozeß. Im Archiv für die zivilistische Praxis Bd. 101 S. 198 ff.

Kuhlenbeck, Von den Pandekten zum Bürgerlichen Gesetzbuch. 1898/99.

Laband in der Deutschen Juristenzeitung 1905 S. 566 ff.

Leipziger Zeitschrift für Handels-, Konkurs- und Versicherungsrecht.

Matthiaß, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. 5. Aufl. 1910.

Matthiaß, Wandelung nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch. In der Deutschen Juristenzeitung 1902 S. 205 ff.

Mensing, Beiträge zur Lehre vom Wandelungsanspruch. 1902.

Merbach, Inhalt und Ziel des Rechtes auf Wandelung. Diss. 1908.

Motive zum Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs. Bd. 2. 1888.

Neumann, Handausgabe des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Bd. 1. 5. Aufl. 1909.

Oertmann, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Im Recht der Schuldverhältnisse 2. Aufl. 1906.

Oertmann, Die Bedeutung der Rücktrittserklärung. In Seufferts Blättern für Rechtsanwendung Bd. 69 S. 65 ff.

Oertmann, Leistungen „Zug um Zug". In Zeitschrift für Rechtspflege in Bayern Bd. 1 S. 10ff. u. 47ff.

Oertmann, Wandelung nach Zwangsversteigerung der Kaufsache. In der Deutschen Juristenzeitung 1905 S. 516ff.

Peltason in der Deutschen Juristenzeitung 1904 S. 809.

Planck, Das Bürgerliche Gesetzbuch. Bd. 2. 3. Aufl. 1907.

Protokolle der Kommission für die 2. Lesung eines Bürgerlichen Gesetzbuchs.

Recht, Das. Rundschau für den deutschen Juristenstand.

Rechtsprechung, Die, der Oberlandesgerichte auf dem Gebiete des Zivilrechts (Mugdan-Falkmann).

Rehbein, Das Bürgerliche Gesetzbuch. Bd. 2. 1903.

Riezler, Venire contra factum proprium. 1912.

Schollmeyer, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. 1900.

Schollmeyer, Recht der einzelnen Schuldverhältnisse. 2. Aufl. 1904.

Schroeder, Zur Gewährleistung für Sachmängel. 1903.

Seckel, Die Gestaltungsrechte des bürgerlichen Rechts. In der Festgabe für Koch 1903.

Seufferts Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte in den deutschen Staaten.

Seufferts Blätter für Rechtsanwendung.

Siegel, Wann ist der Rücktritt ausgeschlossen? In der Juristischen Wochenschrift 1906 S. 802ff.

Sohm, Institutionen. 8. u. 9. Aufl. 1899.

Sohm, Begriffsjurisprudenz. In der Deutschen Juristenzeitung 1910 S. 114ff.

Stampe, Rechtsfindung durch Interessenwägung. In der Deutschen Juristenzeitung 1905 S. 713ff.

Staub, Kommentar zum Handelsgesetzbuch. Bd. 2. 6. u. 7. Aufl. 1900.

Staudinger, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. 7. u. 8. Aufl. 1912.

Sternberg, Wann ist der Rücktritt ausgeschlossen? In der Juristischen Wochenschrift 1906 S. 623ff.

Thiele im Archiv für die zivilistische Praxis Bd. 93 S. 387ff.

Thiesing im Recht 1903 S. 877.

Unger, Kritische und legislative Erörterungen über Gewährleistung. 1912.

Wolff, Über den Umfang des Wandelungsanspruchs. In Gruchots Beiträgen Bd. 48 S. 503ff.

Wolff, Sachmängel beim Kauf. In Iherings Jahrbüchern Bd. 56 S. 1 ff.

Warneyers Jahrbuch der Entscheidungen zum Bürgerlichen Gesetzbuche.

Werner, Streitfragen aus dem Gebiete des Wandelungsrechtes. Im Recht 1902 S. 282 ff.

Windscheid-Kipp, Lehrbuch des Pandektenrechts. Bd. 2. 9. Aufl. 1906.

Zeiler, Einfluß der Weiterveräußerung der Kaufsache. In der Juristischen Wochenschrift 1908 S. 292 ff.

Zeitschrift für Rechtspflege in Bayern.

Einleitung.

Die Regelung, die das Bürgerliche Gesetzbuch über Gewährleistung[1] wegen Sachmängel in den §§ 459 ff. gegeben hat, wurzelt überall bewußt in den Ergebnissen der gemeinrechtlichen Jurisprudenz und Praxis.[2] War nun die Durchführung des Redhibitionsanspruchs im einzelnen schon im früheren Recht eine Quelle zahlreicher Kontroversen, so herrscht auch in der Literatur und Praxis des geltenden Rechtes keineswegs Klarheit über das Gebiet der Wandelung. Insbesondere in den mit der Rückgewähr der Leistungen zusammenhängenden Fragen. Selbst der seit Veröffentlichung des Bürgerlichen Gesetzbuchs über die Natur der Wandelung geführte Streit ist noch nicht verstummt. Wir wollen daher im folgenden zunächst der letztgenannten Frage nähertreten. Darauf soll die Vollziehung der Rückgewähr der Leistungen zur Darstellung gelangen. Infolge der Bestimmungen des § 467 müssen hierbei die Rechtssätze über den Rücktritt (§§ 346 ff.) eine besonders eingehende Betrachtung erfahren. In der Verweisung des § 467 auf den Rücktritt liegt eine der Hauptursachen der Schwierigkeiten unseres Problems.[3]

---

[1]) Wegen Erläuterung des Begriffs „Gewährleistung“ s. Wolff in IheringsJ. Bd. 56 S. 12.

[2]) vgl. Mot. S. 224. Die 5 Bände Mot. enthalten nach Unger S. 2 einen Schatz von Gelehrsamkeit und gesetzesvergleichend-legislativen Erwägungen; vgl. Stampe S. 718; Denkschr. S. 61.

[3]) vgl. Kuhlenbeck S. 193.

§ 1.

Natur der Wandelung.

Über die rechtliche Konstruktion des Wandelungsanspruches besteht ein lebhafter theoretischer Streit. Das Gesetz sagt im § 465: „Die Wandelung oder Minderung ist vollzogen, wenn sich der Verkäufer auf Verlangen des Käufers mit ihr einverstanden erklärt". Und in den Ausführungen der Kommission für die 2. Lesung (Prot. S. 680) finden sich die Sätze: „Man könne das Verhältnis ohne Zwang derart gestalten, daß der Mangel den Käufer berechtige, die Aufhebung des Kaufes oder die Herabsetzung des Kaufpreises durch einen darauf gerichteten Vertrag von dem Käufer zu verlangen. Weigere sich der Verkäufer, einen solchen Vertrag einzugehen, so werde durch das rechtskräftige Urteil nach den Vorschriften der Zivilprozeßordnung seine Einwilligung ersetzt". S. 709 a. a. O. heißt es ferner: „Der Entwurf konstruiere das Recht auf Wandelung nicht als das Recht, durch einseitige Erklärung den Vertrag zur Aufhebung zu bringen, sondern als Anspruch, kraft dessen der Käufer vom Verkäufer die Einwilligung in die Aufhebung des Kaufes, die Annahme des auf diesen gerichteten Vertragsantrages verlangen könne.

Diese Äußerungen geben der sogen. Vertragstheorie [1]) ihren Stützpunkt. Sie geht davon aus, daß der Wandelungs- und Minderungsanspruch in seinem Grunde ein Anspruch auf Schließung eines den Kaufvertrag wieder aufhebenden Vertrages ist, und daß erst aus der Vollziehung dieses Wandelungs- oder Minderungsvertrages

[1]) Verzeichnis der Literatur bei Staudinger IV zu § 462; vgl. Planck 3 zu § 465; Merbach S. 32.

die weiteren Ansprüche auf Rückgewähr erwachsen.[1] Es ist also logischerweise nicht statthaft,[2] einfach auf Rückgewähr ohne gleichzeitiges Wandelungsbegehren zu klagen, vielmehr muß der Verkäufer vorweg auf Einwilligung in den Wandelungsvertrag verklagt werden. Erst dann kann sich die weitere Klage auf die Rückgewähr selbst richten.[3] Unter Anerkennung der Bedürfnisse des Lebens wird aber von den Vertretern der Vertragstheorie eine Verbindung der beiden Klagen für zulässig erklärt. Man beruft sich hierbei auf folgende Stelle der Protokolle (S. 680): „Von selbst verstehe es sich, daß der Käufer den Anspruch auf Rückzahlung des Kaufpreises zugleich mit dem zugrunde liegenden Anspruch auf Aufhebung des Kaufes geltend gemacht werden könne".

Demgegenüber steht die bereits im gemeinen Recht[4] begründete Restitutionstheorie. Diese verneint das Erfordernis eines Vertragsabschlusses als Mittelgliedes und gibt dem Käufer aus dem Kaufe einen direkten Anspruch auf Rückgängigmachung.[5] Dieser Lehrmeinung wollen auch wir uns anschließen.

Die logische und grammatische Auslegung des Gesetzes sowie die Entstehungsgeschichte des § 465 bestätigen die Unhaltbarkeit der Vertragstheorie.

---

[1] vgl. Windscheid-Kipp S. 704.

[2] Oertmann 1 zu § 465.

[3] Die Praxis der unteren Gerichte hat sich freilich niemals dieser gekünstelten Konstruktion angeschlossen; vgl. Herbst S. 441; Kuhlenbeck S. 260; Merbach S. 47.

[4] vgl. Mot. S. 230, 239. Hier wird die Vertragstheorie abgelehnt. Vgl. auch die Definition der Redhibition in l. 23 § 1 D. 21, 1: quodammodo in integrum restitutio.

[5] vgl. Staudinger a. a. O.; Düringer-Hachenburg Bd. 3 S. 170. Auch das RG. steht jetzt auf diesem Standpunkt; vgl. Komm. d. RGRäte 1 zu § 465.

1. Die höchste und überzeugendste Auslegung ist immer die aus dem Gesetze selbst. Dieses bietet auch, wie wir sehen werden, zur Beurteilung der Frage überreiches Material.

Schon beim Durchlesen der §§ 459 ff. kann man eigentlich gar nicht auf den Gedanken kommen, § 465 sei der einzige Weg zur Wandelung und der Ausdruck „verlangen“ bedeute Vertragsanerbieten. Die Anhänger der Vertragstheorie schaffen einen nicht wegzudeutenden Widerspruch: § 462 gewährt bereits ein Recht auf unmittelbare Durchführung der Wandelung, und § 465 soll nach der Vertragstheorie zunächst nur einen Anspruch auf Einwilligung zusprechen! Das Verlangen im § 465 ist vielmehr der Ausfluß des im § 462 gewährten Rechts.[1]) Aber auch die Entstehungsgeschichte spricht gegen die Vertragstheorie. Eine genaue Betrachtung der Verhandlungen in der 2. Lesung ergibt, daß die Vorschrift des § 465 von vornherein wenigstens nicht dazu bestimmt war, an dem Inhalt des von dem 1. Entwurfe definierten Wandelungsanspruchs irgend etwas zu ändern.[2]) Dieser Vorschrift lag lediglich der Gedanke zugrunde, es solle für den Verkäufer ein Definitivum geschaffen, ein Zeitpunkt festgesetzt werden, nach dem der Käufer seine Erklärung der Wandelung oder der Minderung nicht mehr abändern könne.[3]) Im übrigen aber war sich die Mehrheit der 2. Kommission über die große Tragweite der von ihr aufgestellten neuen Konstruktion nicht im klaren.[4])

---

[1]) vgl. Grabener S. 259, 519; Eccius bei Gruchot Bd. 51 S. 529.

[2]) Haymann bei Gruchot Bd. 46 S. 529 ff.

[3]) So auch Grabener bei Gruchot Bd. 50 S. 260.

[4]) Natürlich ist die Auslegung an Vorschriften des Gesetzgebers über die Konstruktion nicht gebunden; vgl. Kuhlenbeck S. 388.

Wenn die von der Minderheit der 2. Kommission vertretene Auffassung (Restitutionstheorie), daß der Mangel der Sache zur Rücktrittserklärung statt zum Wandelungsverlangen berechtige, obgesiegt hätte, so würden die Bestimmungen des Gesetzes durchsichtiger und einfacher sein.[1]) Die Mehrheit der 2. Kommission ging eben von einer irrigen Voraussetzung aus, als sie, nur um den Anspruchscharakter des Wandelungsanspruchs zu retten, die klaren, praktischen Bestimmungen des Entwurfs im Sinne der Vertragstheorie abändern wollte.[2])

2. Es fragt sich ferner, ob der Inhalt des § 465 seinem unmittelbaren Wortlaut nach zur Annahme der Vertragstheorie zwingt. Dieses ist zu verneinen.[3]) Die Legaldefinition der Wandelung ist bereits im § 462 ausgesprochen. § 465 will seiner Wortfassung nach nur besagen, daß die Wandelung vollzogen ist, wenn sich der Verkäufer auf Verlangen des Käufers mit ihr einverstanden erklärt. Keineswegs ist in § 465 ausgedrückt, daß ein derartiger Vertragsschluß der einzige Weg sei, auf dem der Vollzug der Wandelung in die rechtliche Erscheinung treten könne, ohne daß eine klageweise Geltendmachung direkt auf Rückgängigmachung damit ausgeschlossen sein solle. § 465 hat nur den Zweck,[4]) den Zeitpunkt, in dem das Wahlrecht des Käufers zwischen Wandelung und Minderung ausgeschlossen wird, hinauszuschieben bis zur Einwilligung des Verkäufers, hinaus über eine einseitige

---

[1]) vgl. Eccius bei Gruchot Bd. 43 S. 332.

[2]) s. hierüber im näheren Haymann a. a. O. S. 536; vgl. auch Merbach S. 20, 21.

[3]) So auch Eccius bei Gruchot Bd. 43 S. 324, 325; Düringer-Hachenburg Bd. 3 S. 172; Staudinger IV zu § 462.

[4]) vgl. Haymann S. 543.

Erklärung des Wahlberechtigten.[1]) Der § 465 bedeutet eben gemäß dem übereinstimmenden Willen der 2. Kommission, der freilich einen sprachlich höchst inkorrekten Ausdruck gefunden hat[2]): solange eine Einigung über die Wandelung oder Minderung nicht vollzogen ist, kann der Käufer seine Wahl noch ändern. Dem Verkäufer soll also die Möglichkeit gegeben sein, sich möglichst bald eine klare Rechtslage zu schaffen.

3. Eine nähere Betrachtung des Ausdrucks „Verlangen" im § 465 führt ebenfalls zur Ablehnung der Vertragstheorie. Die Rechtssprache bedient sich dieses Ausdrucks, um die Erhebung eines Anspruches auf Grund des vorhandenen Rechts anzudeuten.[3]) Hierfür bietet das Bürgerliche Gesetzbuch selbst ein geradezu klassisches Beispiel: im § 1353 hätte nicht von Mißbrauch des Rechts geredet werden können, wenn das Wort dort in einem anderen Sinne gebraucht wäre. Sonst wird im Bürgerlichen Gesetzbuch mit dem Ausdruck „kann verlangen" gesagt, daß jemandem ein Anspruch rechtlich zusteht. Man vergleiche z. B. seine Verwendung in den §§ 250, 257, 271, 281, 283, 290, 325, 326 und besonders im § 462 selbst. Bemerkenswert ist, daß in den §§ 145 ff. das Wort „verlangen" niemals verwendet wird, um das Vertragsanerbieten zu bezeichnen. Es ist eben der juristische Sinn des Ausdrucks „verlangen" nicht der des Vertragsanerbietens. Überall, wo der Ausdruck „auf Verlangen" im Gesetz gebraucht wird, ist die Rechtsstellung dessen, der verlangt, schon völlig gesichert. Als Beispiel führen wir an §§ 284, 343, 447, 644, 655, 895, 967, 1563, 1994,

[1]) So auch Grabener bei Gruchot Bd. 50 S. 260.

[2]) vgl. Haymann S. 539; Düringer-Hachenburg S. 172.

[3]) übereinst. Grabener bei Gruchot Bd. 50 S. 259 und Bd. 51 S. 216, 217.

2354, 2368, insbesondere auch § 123 Abs. 1 StGB.[1]) An allen diesen Stellen hat das Wort „auf" zugleich zeitlichen Sinn. Hieraus ist zu schließen, daß die Verfasser des Bürgerlichen Gesetzbuchs, indem sie eine bestimmte Reihenfolge der beiden Erklärungen im § 465 vorschrieben, den Vertragsstandpunkt unbewußt aufgegeben haben. Was haben nun die beiden Erklärungen im § 465 zu bedeuten? Zweifellos ist die Erklärung des Einverständnisses durch den Verkäufer eine Willenserklärung. Aber auch das „Verlangen" des Käufers kann nach seinem Inhalt und nach seiner Bedeutung nur als Willenserklärung aufgefaßt werden. Es liegen mithin zwei einseitige empfangsbedürftige Willenserklärungen vor, also eigentlich das reine Gegenteil eines Vertrages. Hieraus und aus der Tatsache, daß der Käufer seinen Willen ohne Rücksicht auf den Willen des Verkäufers durchsetzen kann, folgt, daß er keinen Anspruch auf die Erklärung der Einwilligung in die Wandelung hat. § 465 gewährt dem Käufer keine Klage auf Einwilligung. Wird eine Klage auf Vollziehung der Wandelung gewährt, so steht logischerweise fest, daß auf den Willen des Verkäufers nichts ankommt. Unhaltbar ist darum die u. a. auch von Laband[2]) vertretene Ansicht, daß die Klage, die auf Wandelung gerichtet ist, die Klage auf Erklärung des Einverständnisses in sich schließe. Der Leistungsklage ist ja gerade eigentümlich, daß bei ihr der Wille des anderen Teils gleichgültig ist.[3])

Von der Auffassung der beiden Erklärungen als einseitiger Willenserklärungen darf man sich nicht dadurch

---

[1]) vgl. Grabener S. 519.

[2]) S. 569.

[3]) vgl. Grabener S. 260, 261.

abhalten lassen, daß sie zur Willenseinigung führen. Man müßte besser von Willensübereinstimmung sprechen. Diese ist aber nicht etwas allein dem Vertrage Wesentliches. Denn sie findet sich auch sonst noch im Rechte. Es sei nur auf die Fälle der Einwilligung und Genehmigung hingewiesen.

4. Unsere Prüfung hat sich ferner darauf zu richten, ob sich etwa die allgemeinen Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs über den Vertrag in den §§ 145 ff. auf den „Vertrag" des § 465 anwenden lassen.[1]) Der § 145 bestimmt, daß der Antragende an seinen Antrag gebunden ist. Aus dem Wortlaut des § 465 ist zu folgern, daß der Käufer an sein Verlangen nicht gebunden ist, es zurückziehen oder ändern kann. Denn erst dann ist die Wandelung vollzogen, wenn sich der Verkäufer einverstanden erklärt hat.[2])

Der § 146 bestimmt, daß der Antrag erlischt, wenn er dem Antragenden gegenüber abgelehnt wird. Die Frage ist mithin, ob der Verkäufer das Verlangen des Käufers ablehnen darf. Es ist selbstverständlich, daß er das nicht darf. Denn wenn er ein wirksames Recht des Widerspruchs hätte, wie sollte der Käufer dann überhaupt zu seinem Rechte kommen? Räumt man dem Verkäufer die Befugnis abzulehnen ein, so sind im Grunde alle Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs über die Wirkungen mangelhafter Lieferung überflüssig. Vergewissert sich der Käufer vor der Klage freilich gar nicht über die Willensrichtung des Verkäufers, so kann er unter Umständen nach § 93 ZPO. kostenpflichtig werden. Nur dadurch, daß der Verkäufer auf das Verlangen des Käufers

---

[1]) vgl. Grabner S. 256.

[2]) So auch HansOLG. v. 12. 11. 1904 in HansGZ. Hbl. S. 308.

nach Wandelung sein Einverständnis erklärt, kann er die Rechtslage beeinflussen, insofern als dann das Wahlrecht des Käufers zwischen Wandelung und Minderung ausgeschlossen ist.

Bei Entscheidung der Frage, ob die §§ 147 u. 149 anwendbar sind, ist zunächst zu erörtern, in wessen Interesse das Gesetz eine baldige Annahme des Vertragsantrages verlangt. Dem Interesse des Antragsgegners würde es sicherlich entsprechen, wenn er den Antrag noch nach beliebig langer Zeit annehmen könnte. Das Interesse des Antragenden ist umgekehrt darauf gerichtet, daß sich möglichst bald entscheidet, ob ein Vertrag zustande kommt, damit er anderweit verfügen kann.

Das Gesetz hat dem Interesse des Antragenden den Vorzug gegeben und deshalb für die Erklärung der Annahme durch den Antragsgegner kurze Fristen bestimmt.

Daß der Käufer bei mangelhafter Lieferung dasselbe Interesse habe, wie es der Gesetzgeber bei Abfassung der §§ 147 u. 149 für den Antragenden gewiß mit Recht vorausgesetzt hat, läßt sich nicht anerkennen. Der Käufer hat die mangelhafte Sache geliefert bekommen, er hat geprüft, was für ihn am vorteilhaftesten ist, ob Wandelung oder Minderung, und hat nun an den Käufer das eine oder das andere Verlangen gestellt. Es muß angenommen werden, daß die einmal getroffene Wahl eine endgültige ist, daß dem Käufer auch an der Durchführung des erklärten Willens gelegen ist, wie er ihn ja auch ohne Rücksicht auf den Willen des Verkäufers durchsetzen kann. Der Käufer hat also gar kein Interesse zu wissen, wie sich der Verkäufer zu seinem Verlangen stellt. Dieser kann — vorausgesetzt, daß der Käufer nicht inzwischen einen anderen Willen erklärt hat — noch nach beliebig langer Frist sein Einverständnis erklären. Damit steht

fest, daß sich auch die §§ 147 u. 149 nicht zur Anwendung auf den „Vertrag" des § 465 eignen.[1])

Unanwendbar sind ferner die §§ 150, 154 u. 155; § 150 deshalb, weil das „Antragsrecht" im Falle des § 465 nur dem Käufer zusteht, die Anwendung des § 150 aber dieses Recht gerade dem Verkäufer zuwenden würde. Die §§ 154 u. 155 deshalb, weil sie voraussetzen, daß mehrere Punkte durch Vertrag zu regeln sind, § 465 aber nur einen Punkt, nämlich die Wandelung oder Minderung, als Vertragsinhalt ansieht.

Was den § 152 anlangt, so ist zweifellos, daß die Beteiligten gerichtliche oder notarielle Beurkundung der Erklärungen vereinbaren können. Indessen handelt es sich hier gerade darum, die Bedeutung der beiden Erklärungen in ihrer, wenn man so sagen darf, natürlichen Wirksamkeit, d. h. ohne hinzutretende Vereinbarung, zu erfassen.

§ 157 kommt nicht in Frage. Er ist erst dann anwendbar, wenn feststeht, daß ein Vertrag vorliegt.

Dagegen dürften die §§ 148, 151, 153 zum Teil anwendbar sein. Es steht dem nichts im Wege, daß der Käufer dem Verkäufer erklärt, dieser solle ihm innerhalb bestimmter Frist erklären, ob er mit der Minderung einverstanden sei, andernfalls werde er auf Wandelung bestehen (§ 148).

Ebenso ist es denkbar, daß der Verkäufer, sobald ihm der Käufer mitgeteilt hat, daß er Wandelung verlange, den Kaufpreis sofort ohne weitere Erklärung zurückschickt (§ 151).

Daß, wenn der Käufer stirbt, nachdem er ein bestimmtes Verlangen gestellt hat, sein Erbe diese Erklä-

---

[1]) vgl. Grabner a. a. O.

rung gegen sich gelten lassen muß, erscheint selbstverständlich (§§ 153, 1922).

Dieser Überblick lehrt, daß gerade die wesentlichsten Bestimmungen des Vertragsrechts auf den § 465 unanwendbar sind.

5. Es können aber auch aus anderen Normen des Gesetzes direkte Belege dafür entnommen werden, daß das Gesetz selbst die Vertragstheorie durchaus nicht als Norm betrachtet.[1]) Nach § 478 kann der Käufer auch nach Verjährung seines Wandelungsanspruchs insoweit die Zahlung des Kaufpreises verweigern, als er auf Grund der Wandelung dazu berechtigt sein würde. Hat aber der Käufer auch ohne Durchführung seines angeblichen Anspruchs auf Vertragsschluß die exceptio redhibitoria, so hat er diese erst recht vor Ablauf der Verjährung besessen. Hat er aber die exceptio, so hat er gewiß auch die actio, gerichtet nicht nur auf Unterlassung der Geltendmachung des Kaufgeldanspruches, sondern sogar positiv auf Befreiung von der Kaufgeldschuld, oder mit anderen Worten, der Käufer macht mit der Wandelungseinrede zugleich das Recht auf Wandelung geltend, ohne daß es also eines Vertragsschlusses bedarf.[2])

6. Insbesondere spricht ferner § 480 gegen die Vertragstheorie. Nach § 480 kann der Käufer verlangen, daß an Stelle der mangelhaften Sache ihm eine mangelfreie geliefert werde, und auf diesen Anspruch soll nach Abs. 1 Satz 2 des § 480 auch § 465 Anwendung finden.

---

[1]) Die Wandelung kann sich natürlich auch auf Grund eines vorhergehenden Vertrages vollziehen. Das haben die Anhänger der Restitutionstheorie niemals bestritten.

[2]) vgl. Eccius a. a. O. S. 321/22; Haymann a. a. O. S. 545; Matthiaß in DJZ. 1902 S. 208; Staub Anm. 46 zu § 477.

Hätte nun die Vertragstheorie recht, so würde die im § 480 vorgeschriebene Anwendung von § 465 bedeuten, daß der Käufer, der eine vertragswidrige Ware irrtümlich angenommen hat, seine Rechte auf Erfüllung des Vertrags nur geltend machen könne, wenn der Verkäufer ihm noch einmal verspricht, was er ihm schon einmal bindend versprochen und doch nicht gehalten hatte![1])

Dies wäre direkt gegen das Gesetz.

7. Daß dem Bürgerlichen Gesetzbuch so, wie es schließlich geworden ist, der Anspruch auf Einwilligung in die Wandelung fremd ist, läßt sich auch aus § 464 beweisen. Dieser Paragraph zählt das Recht auf Wandelung und Minderung in einer Reihe mit dem Schadensersatzanspruche auf, dessen Geltendmachung gewiß nicht an das Einverständnis des Verkäufers gebunden ist; hierbei ist zu beachten, daß von „Ansprüchen" geredet wird. Aus der Fassung des Paragraphen ist zu entnehmen, daß das Gesetz von der Meinung ausgeht, daß dem Käufer in § 462 ein uneingeschränkter Anspruch auf unmittelbare Durchführung der Wandelung gewährt werde. Wäre im § 462 der Käufer nur ein unvollkommener Anspruch auf Wandelung zugesprochen worden, so hätte korrekterweise im § 464 der § 465 mit angeführt werden müssen.[2]) Nach § 194 ist der Anspruch das Recht, von einem anderen ein Tun oder Unterlassen zu verlangen. Sicherlich ist im Sinne dieser Vorschrift auch das Recht auf Einwilligung ein Anspruch. Da jedoch im § 462 von einer Einwilligung überhaupt nicht die Rede ist, so kann daselbst nur ein unmittelbarer Anspruch auf Wandelung gemeint sein.

---

[1]) Haymann S. 545; Staub Anm. 47 zu § 377.

[2]) vgl. Grabener S. 516/17.

Dieses gewiß vollkommen klare Bild verwirrt man, wenn man aus dem § 465 einen Anspruch auf Einwilligung herleitet. Man bringt damit das Gesetz mit sich selbst in Widerspruch. Denn dieses hat nach §§ 462, 464, verbunden mit § 194, wie oben dargelegt, einen unmittelbaren Anspruch auf Wandelung gewähren wollen.

Wenn sich das Reichsgericht (Bd. 59 S. 98) für die gegenteilige Auffassung[1]) (d. h. für die Vertragstheorie) darauf beruft, daß im § 467 gerade der § 349, der von der Erklärung des Rücktritts handelt, nicht mit angezogen sei, so beruht das auf einer unrichtigen Auslegung dieser letzten Vorschrift.

Der § 349 besagt nicht, daß der Rücktritt nur durch einseitige Erklärung gegenüber dem anderen Teile erfolgen könne. Denn zweifellos können ihn beide Teile vereinbaren. Die Vorschrift bedeutet, daß schon die einseitige Erklärung des Rücktrittsberechtigten ihn selbst an den Rücktritt bindet. Denn der Rücktrittspflichtige muß den Rücktritt nach § 346 unter allen Umständen über sich ergehen lassen, da er vertragsmäßig vorbehalten ist.[2]) § 465 dagegen läßt die Bindung erst durch das Einverständnis des Verkäufers eintreten. Beide Vorschriften sind also Gegensätze. Deshalb kann die eine wohl kaum zur Auslegung der anderen herangezogen werden. Unzutreffend ist auch die Ansicht, daß nur die genau nach § 465 erklärte Einigung der einzige Weg zur Wandelung sei.[3]) Wenn z. B. auf die Anzeige des Käufers von den Mängeln der Verkäufer Wandelung anbietet und der

---

[1]) Jetzt hat das RG. diesen Standpunkt aufgegeben; vgl. Komm. d. RGRäte Bem. 1 zu §§ 462 u. 465.

[2]) So auch Grabener S. 516/17.

[3]) s. oben S. 5.

Käufer sich nun damit einverstanden erklärt, so kommt auch auf diesem Wege die Wandelung wirksam zustande.[1])

8. Das Gesetzbuch hat ferner trotz § 465 nicht nur die Aufrechenbarkeit des Anspruchs auf Nachlieferung, sondern auch die Kompensabilität des Anspruchs auf Wandelung anerkannt.[2]) Dieses ergibt der Zusammenhalt der §§ 634, 638 u. 639. Danach kann der Besteller eines Werkes, wenn der Unternehmer nicht innerhalb einer ihm gestellten Nachfrist einen Mangel beseitigt, Rückgängigmachung des Vertrages (Wandelung) verlangen. Auf die Wandelung finden nach der Vorschrift des letzten Absatzes des § 634 die für den Kauf geltenden Vorschriften der §§ 465—467, 469—475 entsprechende Anwendung. Trotz der Anwendbarkeit des § 465 bestimmt aber der § 639 Abs. 1, daß auf die Verjährung der im § 628 bezeichneten Ansprüche, also auch auf die dort genannten Ansprüche auf Wandelung und Minderung, der § 479 entsprecheude Anwendung finde. Mit anderen Worten, der Anspruch auf Wandelung und derjenige auf Minderung ist seiner Natur nach aufrechenbar. Die Auslegung, die die Vertragstheorie dem § 465 gibt, ist also wiederum durch das Gesetz selbst entkräftet.

9. Die Vertragstheorie führt aber endlich auch in der Praxis zu den bedenklichsten Folgen. Mit Recht sagt Thiele,[3]) die Vertragstheorie stehe mit den modernen Anschauungen und insbesondere den Verkehrsbedürfnissen in diametralem Gegensatz. Im geschäftlichen Verkehr spielt die Mängelhaftung eine bedeutende Rolle. Es wird sehr schwer fallen, dem Kaufmann die Notwendigkeit

---

[1]) s. unten S. 18.

[2]) Übereinst. Haymann S. 546.

[3]) S. 395.

eines Vertrages begreiflich zu machen, er wird ihn stets und mit Recht als überflüssige Erschwerung der Durchführung seines Anspruchs ansehen. Sie läßt sich auch nicht damit rechtfertigen, daß man sagt, die Wandelung sei als einseitiges Rechtsgeschäft praktisch bedenklich, weil sie den wandelnden Käufer, der gegenüber dem Leugnen des Verkäufers den Prozeß nicht zu erheben wage, in die Hände des Verkäufers gebe.[1])

Da wird anscheinend die geschichtliche Entwicklung übersehen; weder das römische Recht noch eines der vor 1900 in Deutschland geltenden Rechte kannte den Wandelungsvertrag, ohne daß man hierbei jemals etwas Bedenkliches gefunden hätte. Übrigens ist zu bemerken, daß der Käufer regelmäßig die mangelhafte Sache im Besitz hat, was ihm den Nachweis, daß die Fehler im Augenblicke des Überganges der Gefahr vorhanden waren, sehr erleichtert.[2])

Der Käufer müßte nach der Vertragstheorie immer zunächst auf Abschluß des Wandelungsvertrages klagen, ehe er überhaupt auf Realisierung der Wandelung klagen kann. Es ist vom Standpunkt der Vertragstheorie aus inkonsequent,[3]) wenn ihre Vertreter, um hier einigermaßen zu helfen, die Verbindung der Klage auf Abschluß des Wandelungsvertrages mit der Klage aus der durch diesen Vertrag vollzogenen Wandelung (z. B. auf Rückzahlung des Kaufpreises) zulassen wollen. Denn diese Klagen

---

[1]) vgl. Grabener S. 520.

[2]) Im Grunde bedeutet die hier vertretene Ansicht nur Rückkehr zu altüberlieferter Rechtsanschauung. „Es hilft eben kein Widerstreben, sondern nur die Erkenntnis, daß etwas ganz anderes herausgekommen ist, als die Verfasser des BGB. gedacht haben“ (Grabener S. 520).

[3]) Eccius a. a. O.; Matthiaß a. a. O. S. 206.

können weder logisch noch prozeßrechtlich zusammengehen.[1]) Die §§ 257—259 ZPO. stehen entgegen.

Unhaltbar ist auch — wie schon gezeigt — die von den Gegnern vielfach vertretene Ansicht, die Klage, die auf Wandelung gerichtet ist, schließe die Klage auf Erklärung des Einverständnisses in sich. Der Leistungsklage ist ja gerade eigentümlich, daß bei ihr der Wille des anderen Teiles gleichgültig ist.

Die Erklärung des Einverständnisses mit dem Wandelungsverlangen des Käufers gemäß § 465 trägt also, wie wir gesehen haben, nicht den Charakter eines verpflichtenden Vertragsschlusses. Das Recht auf die Leistungen, die im Falle der Wandelung zu fordern sind, bedingt durch eigne Gegenleistungen, ist nur ein anderer Ausdruck für das Recht auf Wandelung selbst.[2]) Wer den Anspruch auf Wandelung erhebt, schreibt sich eben jenes Recht als ein bei Mangelhaftigkeit der Kaufsache aus dem Kaufvertrage entspringendes Recht zu. Das Einverständnis mit dem Verlangen hat keine andere Bedeutung als das Einverständnis damit, daß ein anderer angeblicher Vertragsanspruch erhoben werde, nur daß durch die Erklärung dieses Einverständnisses der andere Teil gehindert ist, aus der Mangelhaftigkeit der Sache einen anderen Anspruch herzuleiten.[3]) „Es kann also das Einverständnis nicht als Vollendung eines Vertrages aufgefaßt werden, aus dem erst die im Gesetze begrenzten Leistungsansprüche entspringen, ebensowenig wie in anderen Fällen berechtigten Rücktritts das damit erklärte Einverständnis

---

[1]) So auch Eccius bei Gruchot Bd. 51 S. 529, 530; Staudinger IV zu § 462. Abw. Windscheid-Kipp S. 704; Schollmeyer, Einzelne Schuldverhältnisse S. 31.

[2]) vgl. Eccius bei Gruchot Bd. 51 S. 529.

[3]) vgl. Eccius a. a. O.

die bereits durch die Rücktrittserklärung begründeten Rechtsfolgen vertragsmäßig erst jetzt begründet oder zu begründen bestimmt ist." [1]) Die im Gesetz bestimmten Ansprüche im Falle der Wandelung — wie im Falle des Rücktritts — beruhen auf dem Vertrage, der gewandelt oder von dem zurückgetreten wird. Auch die Praxis, welche daran festhält, daß zunächst das Einverständnis erlangt werden muß, erkennt dies an. Denn wenn sie zuläßt, daß mit der Klage auf Einwilligung die Leistungsklage verbunden werde, gibt sie den Standpunkt auf, daß der Leistungsanspruch erst aus dem Vertrage entsteht, der erst mit der Rechtskraft des Urteils zur Existenz kommt. Daß ein Anspruch aus einem noch nicht geschlossenen Vertrage unter der Bedingung erhoben werden könnte, daß dieser Vertrag später geschlossen oder durch ein Urteil zur Existenz gebracht werde, ist juristisch nicht denkbar. Nach alledem glauben wir die Konstruktion der Vertragstheorie ablehnen zu müssen. Auch die Rechtsprechung des Reichsgerichts vertritt jetzt diesen Standpunkt.[2])

Die Form der Geltendmachung.

I. Der § 465 hat, wie wir oben sahen, besonders die Bedeutung, daß der Käufer bei der von ihm einmal gemäß § 462 getroffenen Wahl zwischen Wandelung und Minderung in dem hier bestimmten Zeitpunkt festgehalten wird. Sobald der Verkäufer sich nämlich mit dem Verlangen des Käufers auf Wandelung oder Minderung einverstanden erklärt, ist die Wahl vollzogen, und der Käufer hat damit zugleich sein jus variandi verloren, das

---

[1]) vgl. Eccius bei Gruchot Bd. 51 S. 529/30.

[2]) vgl. Komm. d. RGRäte Bem. 1 zu § 462.

er bis dahin noch hatte.[1]) Die Begriffsbestimmung der Wandelung aber läßt sich aus den §§ 462, 467 in Verb. mit § 387 der Mot. z. Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs und in Übereinstimmung mit dem gemeinen Recht dahin formulieren: Die Wandelung[2]) ist ein Recht des Käufers gegen den Verkäufer auf Rückgängigmachung des Kaufes nach Art des Rücktritts vom Vertrage, also so, daß die empfangenen Leistungen gegenseitig zurückzugewähren sind, während die noch nicht erfüllten Verpflichtungen hinwegfallen.

Zur Beantwortung der Frage, wie nun bei der Wandelung die Rückgewähr der Leistungen bewirkt wird, ist zunächst § 462 ins Auge zu fassen. Hier wird dem Käufer auf obligatorischem Gebiet ein persönlicher Anspruch auf Wandelung gewährt. Die Wandelung tritt also nicht sofort kraft Gesetzes ein, sondern es wird in erster Linie nur ein Anspruch begründet, den der Käufer zu verwirklichen hat.[3]) Von dieser Verwirklichung und insbesondere von den weiteren Rechtswirkungen auf dinglichem Gebiet spricht § 467.

II. Das Recht auf Wandelung kann in Ansehung der äußeren Form einmal verwirklicht werden durch Vertrag, also dadurch, daß der Käufer die Wandelung verlangt und der Verkäufer sich damit einverstanden erklärt, oder daß der Verkäufer sich zur Wandelung erbietet und der Käufer sie alsdann verlangt (§ 466). Das Reichs-

---

[1]) vgl. Düringer-Hachenburg S. 172; Staub Anm. 47 zu § 377.

[2]) Literatur und Praxis gebrauchen dem BGB. folgend den Ausdruck Wandelung sowohl für den Anspruch aus § 462 als auch für das durch ihn erzeugte Rechtsverhältnis; vgl. Windscheid-Kipp S. 706; Werner im Recht 1902 S. 284.

[3]) vgl. Staub Anm. 47 zu § 377; Staudinger III zu § 462.

gericht führt über die erste Alternative folgendes aus[1]): „Die Perfektion der Wandelung im Sinne eines Vertrages ist davon abhängig, daß die Parteien sich über alle dieses Rechtsgeschäft betreffenden oder damit zusammenhängenden Punkte geeinigt haben, über die eine Vereinbarung nach ihrer ausgesprochenen oder sich aus den Umständen ergebenden Vertragsabsicht getroffen werden soll (§ 154). Insbesondere liegt eine wirksame Vollziehung der Wandelung nicht schon dann vor, wenn über die Rückgabe des Kaufgegenstandes an sich eine vorläufige Übereinstimmung erzielt ist. Voraussetzung ist vielmehr eine endgültige und bindende Vereinbarung über das Rechtsgeschäft der Wandelung in seiner Gesamtheit". Dem können wir nicht beipflichten. Denn § 465 spricht nur von einer Einigung über Wandelung und Minderung, und es bedarf auch gar nicht weiterer Einigung, da im übrigen Wandelung und Minderung — wie später ausgeführt werden wird — im wesentlichen nach den Vorschriften, die das Bürgerliche Gesetzbuch dafür gibt, durchzuführen sind. Zu einer weiteren Einigung als über die Tatsache der Wandelung und Minderung können die Beteiligten nicht gezwungen werden.[2])

Die Erklärung des Einverständnisses mit der Wandelung kann natürlich auch stillschweigend erfolgen, dadurch daß der Verkäufer auf Verlangen des Käufers den entsprechenden Zustand durch Rückgewähr herstellt.[3])

III. Es besteht in der Literatur ein Streit darüber, ob im Falle eines Grundstücksverkaufs der den Kauf

---

[1]) vgl. die Entscheidung im Recht 1906 S. 857.

[2]) Die auf die Wandelung gemäß § 467 entsprechend anzuwendenden Rücktrittsgrundsätze tragen allerdings dispositiven Charakter; vgl. Grabener bei Gruchot Bd. 51 S. 518; Planck Vorbem. zu § 346.

[3]) vgl. Thiele S. 391.

aufhebende Wandelungsvertrag der Form des § 313 bedürfe.[1])

Man möchte diese Frage auf den ersten Blick verneinen. Die Antwort ergibt sich scheinbar sowohl aus der Tendenz wie aus dem Wortlaut des § 313.

Hiernach ist gerichtlich oder notariell zu beurkunden ein Vertrag, durch den sich jemand verpflichtet, das Eigentum an einem Grundstück zu übertragen. Wenn nun ein solcher Vertrag abgeschlossen ist, so könnte man folgern, bedeutet die Aufhebung dieses Vertrages im Wege der Wandelung, daß eben die geplante Eigentumsübertragung unterbleiben soll. Die in den Motiven Bd. 2 S. 189/90 hervorgehobenen Bedenken gegen leichtsinnige Grundstücksgeschäfte fallen also hinweg. Denn durch den Aufhebungsvertrag soll ja gerade der bestehende Zustand erhalten bleiben. Die Sache liegt aber anders. Man muß unterscheiden zwischen dem reinen Wandelungsanspruch und dem Vertrag, der die eigentliche Rückübertragung des Grundstücks enthält. Und dieser untersteht natürlich der Formvorschrift des § 313.[2])

Die Geltendmachung des reinen Wandelungsanspruches wirkt, wie wir unten sehen werden, nach den §§ 467, 346 nur obligatorisch; dafür, daß es bei dem Wandelungsanspruch aus erklärtem Einverständnis anders sein sollte, läßt sich nichts anführen.

Zu der Annahme einer so weitgehenden Wirkung, wie es die dingliche ist, liegt um so weniger Veranlassung vor, als der § 465 sich in einem Abschnitt des Bürger-

---

[1]) Neumann Bem. 3 zu § 465, Thiele S. 421, Peltason in DJZ. 1904 S. 809, Klein S. 23 verneinen diese Frage. And. A. sind Eccius S. 328; Staudinger III c zu § 465.

[2]) vgl. Eccius bei Gruchot Bd. 51 S. 530/31.

lichen Gesetzbuchs befindet, der zunächst nur obligatorische Beziehungen regeln will.[1])

Der Verkäufer hat also nach Vollziehung der Wandelung nur Anspruch auf Übertragung des Eigentums, wie gemäß § 433 der Käufer nach Kaufabschluß. Grundbuchrechtlich bedeutet das, daß durch die Vollziehung der Wandelung das Grundbuch nicht unrichtig geworden ist, daß also der Verkäufer keinen Berichtigungsanspruch im Sinne des § 894 hat. Wohl aber kann für ihn unter Umständen das Recht auf Eintragung einer Vormerkung nach § 883 begründet sein.

Der Vertrag, in dem dann die Rückübertragung des Grundstücks vereinbart wird, bedarf, um wirksam zu sein, selbstverständlich der Form des § 313.[2])

IV. Neben der oben geschilderten Art des Vertragsschlusses kann die Vollziehung der Wandelung durch Vertrag auch dergestalt erfolgen, daß der Antrag vom Verkäufer ausgeht. Das folgt aus allgemeinen Regeln. In der Literatur wird in dieser Beziehung auf § 466 [3]) verwiesen, d. h. den Fall, daß der Verkäufer sich zur Wandelung erbietet und der Käufer sie daraufhin verlangt. Hier mag eingeschaltet werden, daß jedoch der eigentliche Zweck des § 466 darin besteht, dem Verkäufer gegenüber dem Wahlrecht des Käufers ein Mittel an die Hand zu geben, durch das er sich Gewißheit darüber verschaffen kann, ob es zur Wandelung kommen wird oder nicht.[4])

---

[1]) So auch Grabener a. a. O. S. 523/24.

[2]) vgl. Dernburg Bd. 2 S. 76; das Nähere hierüber s. unten.

[3]) vgl. Schröder S. 40; Staub Anm. 50 zu § 377; Staudinger III zu § 465; Windscheid-Kipp S. 703.

[4]) Denkschr. S. 62.

V. Das Recht auf Wandelung kann aber auch direkt durch gerichtliche Klage verwirklicht werden, nach Art des gemeinrechtlichen redhibitorischen Anspruchs.[1]) Das ergibt sich aus der von uns vertretenen Restitutionstheorie. Demgemäß braucht das Verlangen auf Vollziehung der Wandelung in den Klageantrag nicht aufgenommen zu werden (anders die Vertragstheorie).

Es ist freilich, wie Kuhlenbeck (S. 388) mit Recht ausführt, auch die Aufnahme eines gleichzeitigen Antrages auf Vollziehung der Wandelung als unschädliches superfluum zur Beschwichtigung der Bedenken eines etwa der formalistischen Vertragstheorie anhängenden Gerichts ratsam.[2])

§ 2.

Allgemeine Bedeutung des § 467.

Der § 467 bestimmt, daß auf die Wandelung die für das vertragsmäßige Rücktrittsrecht geltenden Vorschriften mit einzelnen Ausnahmen entsprechende Anwendung finden.[3]) Dies liegt um so näher, da das Gesetz das vertragsmäßige Rücktrittsrecht als ein einheitliches Institut[4]) ausgebildet hat, für das es aber in sehr weitgehendem Maße die gemeinrechtlichen Regeln über die actio redhibitoria verwertet.[5]) Es wäre aber irrig, in den Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs über

[1]) Hanausek S. 24.

[2]) vgl. Heuer im Recht 1902 S. 97; Staudinger III, 2a zu § 465.

[3]) Einige Modifikationen enthalten die §§ 466—468, genauere Einzelvorschriften die §§ 469—471.

[4]) Anders das gemeine Recht.

[5]) vgl. Oertmann 1 zu § 467; Staudinger I,4 zu § 467.

das vertragsmäßige Rücktrittsrecht die einzige Rechtsquelle für die sich aus der Wandelung ergebenden Verpflichtungen des Veräußerers zu suchen.[1])

Indem das Bürgerliche Gesetzbuch auf die Wandelung die Vorschriften über das vertragsmäßige Rücktrittsrecht für entsprechend anwendbar erklärt, sagt es doch nicht, daß nur diese Vorschriften auf die Wandelung Anwendung fänden, und daß in den für das vertragsmäßige Rücktrittsrecht geltenden Vorschriften der Kreis der für die Wandelung geltenden Rechtssätze absolut geschlossen und erschöpft sei. Der Wortlaut des § 467 bietet für eine solche Begrenzung keinen Anhalt. Der § 465 befiehlt nur positiv die Anwendung der §§ 346 bis 348, 350—354, 356; er untersagt aber hiermit durchaus nicht die Anwendung noch anderer Normen auf die Wandelung, wie solche z. B. im § 476 selbst positiv gegeben sind. Der Gesetzgeber hat sehr wohl erkannt, daß Wandelung und vertragsmäßiges Rücktrittsrecht zwar viel Gemeinsames, aber auch viel Unterscheidendes haben. Er hat deshalb auch schon die Anwendung der Bestimmungen über das vertragsmäßige Rücktrittsrecht nur mit dem Vorbehalt zugelassen, daß es sich lediglich um eine entsprechende Anwendung handeln dürfe, diese Anwendung also für diejenigen Fälle ausgeschlossen sei, in denen sie dem Zwecke und Wesen der Wandelung nicht entsprechen würde.[2])

Und ebenso wie der § 467 die Vorschriften über das vertragsmäßige Rücktrittsrecht zwar für anwendbar, aber nur entsprechend anwendbar erklärt, ebenso

---

[1]) vgl. Wolff bei Gruchot Bd. 48 S. 507; Sohm in DJZ. 1910 S. 114ff.

[2]) vgl. Wolff a. a. O.

schließt er keineswegs aus, daß für die Wandelung neben den Vorschriften über das vertragsmäßige Rücktrittsrecht noch gewisse andere Rechtssätze [1]) gelten können, die für das vertragsmäßige Rücktrittsrecht nicht gelten, eben weil sie nur dem Zweck und Wesen der Wandelung, nicht aber dem Wesen des vertragsmäßigen Rücktritts entsprechen.[2])

Von diesem Standpunkt aus betrachten wir nun die Durchführung der Wandelung im einzelnen.

Ist der Kaufvertrag noch von keiner Seite erfüllt, so wird einfach das bestehende Rechtsverhältnis des Kaufes mit seinen Rechten und Pflichten für beide Teile aufgehoben.[3])

Hat dagegen von einem der Teile oder beiden Teilen eine Leistung stattgefunden, so hat einerseits Rückerstattung des Kaufpreises, anderseits Rückgewähr der Kaufsache zu erfolgen (§ 346). Jeder Teil soll vom anderen Teile wieder in die Lage versetzt werden, wie wenn der Kauf überhaupt nicht abgeschlossen worden wäre.[4])

Hier mag eine nähere Erörterung des Wesens und der Wirkung des Rücktritts [5]) Platz greifen.

---

[1]) Auch nach Leonhardt (S. 3) kann und muß oft der Wortlaut des Gesetzes ergänzt werden, da es neben den ausdrücklichen Bestimmungen des Gesetzes noch viele andere Rechtssätze gibt (vgl. auch Kohler in DJZ. 1904 S. 613; Stampe in DJZ. 1905 S. 713 f.).

[2]) vgl. RG. Bd. 59 S. 98.

[3]) So auch Oertmann 1a zu § 467; Goldmann-Lilienthal S. 502, 401; Cosack S. 445; Schollmeyer, Einzelne Schuldverh. S. 29; Staudinger I zu § 467.

[4]) So auch Düringer-Hachenburg Bd. 2 S. 257; Planck Bem. zu § 467; Staudinger I zu § 467; vgl. Mot. S. 230, 280, 281; abw. Schollmeyer, Komm. 2b zu § 346.

[5]) Die Vorschriften der §§ 346 ff. tragen dispositiven Charakter; vgl. Planck Vorbem. zu § 346.

Im 1. Entw. § 427 Abs. 1 war bestimmt:

„Der Rücktritt bewirkt, daß die Vertragsschließenden untereinander so berechtigt und verpflichtet sind, wie wenn der Vertrag nicht geschlossen worden wäre, insbesondere daß kein Teil eine nach dem Vertrag ihm gebührende Leistung in Anspruch nehmen kann, und daß jeder Teil verpflichtet ist, dem andern Teile die empfangenen Leistungen zurückzugewähren“.

In den folgenden Sätzen wurden dann die durch den Rücktritt eintretenden Verpflichtungen beider Teile näher bestimmt.

Der Rücktritt sollte hiernach nicht die Wirkungen des Eintritts einer auflösenden Bedingung haben. Das durch den Vertrag begründete Schuldverhältnis sollte auch durch den Rücktritt nicht vollständig erlöschen; der Rücktritt sollte vielmehr nur eine zivilrechtliche Einrede und daneben die Verpflichtung der Parteien begründen, sich so zu behandeln, wie wenn der Vertrag nicht geschlossen wäre, insbesondere also die empfangenen Leistungen zurückzugewähren.

Diese Konstruktion wurde in der 2. Kommission bekämpft. Es wurde beantragt, an die Spitze den Satz zu stellen, daß durch den Rücktritt das den Vertrag begründete Schuldverhältnis erlösche, und daran die Bestimmung zu schließen, daß beide Teile einander so verpflichtet seien, wie wenn der Vertrag nicht geschlossen wäre.[1]) Die Kommission lehnte diesen Antrag anfangs ab und beschloß, es bei der Konstruktion des Entwurfs bewenden zu lassen. Später indessen erklärte sich die

---

[1]) vgl. Prot. II Bd. 1 S. 787; vgl. Oertmann in SeuffBl. Bd. 69 S. 65 ff.

Mehrheit der Kommission mit den dem genannten Antrage zugrunde liegenden Gedanken einverstanden, beschloß aber, die juristische Konstruktion im Gesetz überhaupt nicht auszusprechen und dem § 346 die jetzige Fassung zu geben.

In der Literatur werden nun drei verschiedene Ansichten vertreten.

a) Nach der Theorie der direkten Wirkung wird das gesamte Schuldverhältnis mit rückwirkender Kraft (ex tunc) durch den Rücktritt aufgelöst. Die noch nicht erfüllten Verbindlichkeiten erlöschen ohne weiteres, die bereits vollzogenen verlieren ihren Rechtsgrund und können ex causa finita zurückgefordert werden in der durch § 346 näher geregelten Weise.

Der Rücktritt bezieht sich unmittelbar nicht auf die entstandenen Rechtsverhältnisse, sondern auf ihren Entstehungsgrund (causa); dieser, der Vertrag, wird durch den Rücktritt beseitigt, und darum stürzen als mittelbare Wirkungen auch die auf ihn aufgebauten Rechtswirkungen mit rückwirkender Kraft zusammen.[1])

b) Gemäß der Theorie der indirekten Wirkung bleibt das alte Schuldverhältnis an sich bestehen, der Rücktritt bewirkt nur neue Ansprüche auf Rückleistung (Gegenverpflichtungen), bei den noch nicht vollzogenen Leistungen Einreden.[2])

c) Eine mittlere Theorie wird von Hellwig,[3]) Windscheid-Kipp und Seckel[4]) vertreten: die noch

[1]) vgl. Oertmann a. a. O.; Düringer-Hachenburg Bd. 2 S. 257; Kisch S. 134 ff.

[2]) Dieser Lehrmeinung folgen L. Cohn in JW. 1902 S. 7 ff.; Dernburg Bd. 1 S. 297; Matthiaß S. 223.

[3]) S. 21 ff.

[4]) S. 222 ff.

nicht vollzogenen Verpflichtungen werden durch den Rücktritt ipso iure beseitigt; soweit sie schon erfüllt sind, entstehen nur Rückgewähransprüche; der Rücktritt wirkt ex nunc.

Wir möchten uns der vorherrschenden[1]) Theorie der direkten Wirkung anschließen und annehmen, das durch den Vertrag begründete Schuldverhältnis erlösche durch den Rücktritt. Gegen die Annahme, daß durch den Rücktritt nur eine zivilrechtliche Einrede gegen die auf den Vertrag beruhenden Ansprüche begründet werde, spricht, abgesehen von der oben dargelegten Entstehungsgeschichte des § 346, die Erwägung, daß das Bürgerliche Gesetzbuch die Rechtsform der Einrede nur in solchen Fällen wählt, in denen besondere Gründe dafür sprechen, daß es aber an solchen Gründen hier vollständig fehlt. Dazu kommt, daß das Bürgerliche Gesetzbuch, wo es eine Einrede bestimmen will, dies durch die Fassung der Vorschrift: der Schuldner ist die Leistung zu verweigern berechtigt, oder durch die direkte Bezeichnung des Rechtes als Einrede regelmäßig ausdrücklich hervorhebt, daß aber die Fassung des § 346 einen derartigen Hinweis nicht enthält.

Das Erlöschen des Schuldverhältnisses tritt also ipso iure ein. Ein Anspruch kann darauf nicht mehr gegründet werden; Wiederherstellung des Schuldverhältnisses durch Verzicht auf die Einrede ist unmöglich.[2])

Das Schuldverhältnis erlischt aber nicht allein für die Zukunft, sondern es verliert auch für die Vergangenheit seine Wirkung; nur das Schuldverhältnis aber erlischt. Die auf Grund desselben vorgenommenen

---

[1]) vgl. Keidel 3 zu § 346.

[2]) So auch Oertmann Vorbem. 2 zu § 346; Planck Vorbem. zu § 346; Kisch S. 143.

Leistungsgeschäfte, insbesondere die Übertragung des Eigentums der geschuldeten Gegenstände bleiben bestehen.[1]) Sie verlieren aber infolge des Erlöschens des Schuldverhältnisses die causa, auf Grund deren sie erfolgt sind. Nach allgemeinen Grundsätzen würde hieraus folgen, daß derjenige, welcher durch ein solches Leistungsgeschäft etwas erhalten hat, dieses nach den Vorschriften über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung zurückzugewähren hätte (§ 812 Abs. 1 Satz 2) (condictio ob causam finitam).[2]) Die Verpflichtung des Empfängers geht aber weiter. Dem Rücktritt wird im § 346 die Wirkung beigelegt, daß die Parteien verpflichtet werden, einander die empfangenen Leistungen nicht nach den Vorschriften des Kondiktionenrechts, sondern nach Maßgabe der sich aus den §§ 346 ff. ergebenden Grundsätze zurückzugewähren. Der Rücktritt begründet unter den Parteien ein neues, auf Rückgewähr gerichtetes Rechtsverhältnis, das Rücktrittsverhältnis, eine obligatio ad restituendum.

Die §§ 346 ff. enthalten aber besondere Bestimmungen nur für einzelne Leistungen. Aus diesen ist indessen in Verbindung mit dem Zweck des Rücktritts der Grundsatz abzuleiten, daß die Parteien einander verpflichtet sind, denjenigen Zustand herzustellen, der bestehen würde, wenn der Vertrag nicht geschlossen wäre.[3])

Nur die Vertragschließenden sind einander obligatorisch zur Rückgewährung verpflichtet. Rechte dritter Personen, die etwa an der Wirksamkeit des Vertrages beteiligt sind, werden durch den Rücktritt (Wandelung)

---

[1]) Übereinst. Oertmann, Komm. S. 915, 197; Planck Vorbem. zu § 346; Kisch S. 145.

[2]) vgl. Oertmann in SeuffBl. Bd. 69 S. 75/76.

[3]) So auch Planck a. a. O.; Kisch S. 143; abweichend Schollmeyer 2 zu § 346 (s. oben).

nicht berührt. Gegen einen dritten Erwerber, selbst wenn er in Kenntnis des Rücktrittsrechts den geschuldeten Gegenstand erworben hat, stehen dem Rücktrittsberechtigten keinerlei Ansprüche zu.[1] Jedoch kann der durch die Ausübung des Rücktrittsrechts bedingte Anspruch auf Rückgewähr eines Grundstücks durch Vormerkung (§ 883) dinglich gesichert werden.[2]

Ferner sind nur die empfangenen Leistungen zurückzugewähren. Ein Anspruch auf Ersatz des sogen. negativen Vertragsinteresses[3] wird durch den Rücktritt nicht gegründet. Das Verhältnis ist vielmehr so zu beurteilen, wie wenn die Parteien sich durch den Vertrag selbst verpflichtet hätten, einander die auf Grund desselben gemachten Leistungen zurückzugewähren. Aus diesem Prinzip sind alle Fragen zu entscheiden, für die in den §§ 346 ff. besondere Bestimmungen nicht gegeben sind.

Die Rückgewähr der empfangenen Leistungen muß grundsätzlich in natura erfolgen. Es muß also die empfangene Hauptsache mit ihren Bestandteilen (§ 93) und Zubehör (§ 97) herausgegeben werden.

Hat der Rückgewährspflichtige die zurückzugebende Sache mit dinglichen Rechten belastet, so muß er sie beseitigen. War eine Forderung zediert, so muß sie zurückzediert werden.[4] Unter die Rückgewährung empfangener Leistungen fällt auch die Befreiung von einer Verbindlichkeit, die der andere Teil zur Erfüllung des Vertrags übernommen hat.[5]

---

[1]) vgl. Mot. S. 182; Enneccerus S. 105; Dernburg S. 297

[2]) Staudinger, Sachenrecht II B zu § 883; Enneccerus-Kipp-Wolff, Sachenrecht S. 118/19.

[3]) vgl. Planck 1 zu § 307; Staudinger 1 zu § 307.

[4]) So auch Schollmeyer 2 zu § 346; Düringer-Hachenburg Bd. 2 S. 258; Staudinger I zu § 467, II zu § 346.

[5]) vgl. Mot. S. 281; Planck Vorbem. 1b zu § 346.

Nach § 347 ferner bestimmt sich „der Anspruch auf Schadensersatz wegen Verschlechterung, Untergangs oder einer aus einem anderen Grunde eintretenden Unmöglichkeit der Herausgabe von dem Empfange der Leistung an nach den Vorschriften, welche für das Verhältnis zwischen dem Eigentümer und dem Besitzer von dem Eintritte der Rechtshängigkeit des Eigentumsanspruchs an gelten. Das gleiche gilt von dem Anspruch auf Herausgabe oder Vergütung von Nutzungen und von dem Anspruch auf Ersatz von Verwendungen. Eine Geldsumme ist von der Zeit des Empfanges an zu verzinsen“.

§ 347 bezieht sich nur auf solche Leistungen, die vor der Erklärung des Rücktritts (Vollziehung der Wandelung) gemacht sind. Wird nach diesem Zeitpunkt eine Leistung gemacht, so kann sich auf sie die durch den Rücktritt begründete Verpflichtung nicht beziehen; das Geleistete kann dann nur nach den Vorschriften über die ungerechtfertigte Bereicherung zurückgefordert werden.[1]) Die Anwendung der §§ 346, 347 ff. auf die Rückgewährspflicht des Empfängers (Käufers) führt zu folgendem Ergebnisse.

a) Der Empfänger ist vom Empfange, nicht erst von der Erklärung des Rücktritts, der Wandelung, an dem anderen Teile für den Schaden verantwortlich, der dadurch entsteht, daß infolge seines Verschuldens (§§ 276 ff.) der zurückzugewährende Gegenstand verschlechtert wird, untergeht oder aus einem andern Grunde von ihm nicht zurückgewährt werden kann (§ 989).

b) Der Empfänger hat dem anderen Teile die Nutzungen (§ 100) herauszugeben, die er nach dem Empfange gezogen hat, und ist, soweit ihm ein Ver-

[1]) So auch Oertmann, Komm. S. 915; Planck 1 zu § 347.

schulden zur Last fällt, dem anderen Teile zum Ersatz verpflichtet, wenn er nach dem Empfange Nutzungen nicht gezogen hat, die er nach den Regeln einer ordnungsmäßigen Wirtschaft hätte ziehen können (§ 987).

c) Macht der Empfänger nach dem Empfange notwendige Verwendungen,[1] so bestimmt sich die Verpflichtung des anderen Teiles zu deren Ersatz nach den Vorschriften über die Geschäftsführung ohne Auftrag (§§ 994 Abs. 2, 683 ff.). Die Anwendung dieser strengen Haftungsgrundsätze auf Fälle des gesetzlichen Rücktrittsrechts führt, so meint Kisch,[2] unter Umständen zu unbilligen Ergebnissen, besonders für den Fall des Rücktritts wegen nachträglicher Unmöglichkeit (§§ 325, 327) sowie in solchen Fällen, in denen hiernach der zurücktretende Gläubiger selbst unter § 347 fällt. Es erscheine unbegründet, den letzteren, wenn er den Rücktritt erkläre, vom Zeitpunkt des Empfanges an gleich einem unredlichen Besitzer zu behandeln. Der Gesetzgeber habe wohl, indem er die Grundsätze des vertragsmäßigen Rücktritts unbesehen auf den gesetzlichen übertrug, ein solches Ergebnis nicht vorausgesehen. Kisch meint trotzdem, es sei unstatthaft, die gesetzliche Vorschrift mit Rücksicht auf die ihr zugrunde liegenden Zwecke entgegen ihrer klaren Fassung auszulegen; der Gläubiger möge sich, wenn ihm der Rücktritt nachteilig erscheine, anstatt dessen eine andere Befugnis wählen. Wir können uns dieser Auffassung nicht anschließen.

[1]) vgl. §§ 256, 257, 994, 683 ff., 996, 998, 1000/1003. Unter den Begriff der Verwendungen fallen u. a. Fütterungs-, Fracht- und Lagerkosten sowie der gezahlte Zoll (RGE. in JW. 1906 S. 202 Ziff. 21). Abweichend Leonhard S. 38 ff.; dieser läßt Haftung nur dann eintreten, wenn der Verkäufer schuldhaft seine Vertragspflicht verletzt und dadurch den Gegner geschädigt hat; vgl. RG. Bd. 52 S. 18.

[2]) S. 146, ferner in JheringsJ. Bd. 44 S. 120 f.

Nach der Denkschrift (S. 52) muß der eine wie der andere Teil von Anfang an mit der Möglichkeit rechnen, daß er infolge des Rücktritts verpflichtet wird, die empfangenen Leistungen zurückzugewähren.[1] Wäre diese für das vertragsmäßige Rücktrittsrecht geltende ratio der einzige legislative Grund für die strengere Haftung, so könnte man letztere für Fälle des gesetzlichen Rücktrittsrechts erst mit dem Zeitpunkte der Entstehung des Rücktrittsgrundes eintreten lassen.[2] Denn die §§ 346 ff. werden auf Fälle des gesetzlichen Rücktrittsrechts nur für „entsprechend" anwendbar erklärt; jede entsprechende Anwendung (Analogie) findet aber eine Schranke an der Auslegungsregel: cessante ratione legis cessat lex ipsa.

Nun ist aber der von den Mot. S. 282 hervorgehobene Grund, daß jeder Vertragschließende von Anfang an mit der Möglichkeit rechne, daß er infolge des Rücktritts verpflichtet werde, die empfangenen Leistungen zurückzugewähren, nicht der einzige und nicht der ausschließlich maßgebende für die Haftung des Empfängers nach §§ 989 ff.; vielmehr bildet diese strengere Haftung überhaupt ein Erfordernis der Billigkeit bei Auflösung eines Rechtsverhältnisses ex tunc.

Ein Beispiel aus dem Gebiet der Wandelung beim Viehkauf möge dies erläutern. Der Gläubiger, der hier den Wandelungsanspruch geltend macht, ist nach § 487 auf diesen beschränkt und hat keine andere Befugnis. Es wäre aber geradezu unbillig, wenn er bei Rückgewähr des mit einem Hauptmangel behafteten Viehs nicht nachträglich jedes Verschulden vom Zeitpunkt des Empfanges an zu vertreten hätte.

---

[1]) vgl. Mot. S. 281, 282.

[2]) So auch Staudinger 3 zu § 347; ähnlich Oertmann 1 zu § 347.

Z. B. A, dem ein mit dem Fehler des Krippensetzens behaftetes Reitpferd verkauft ist, hat dieses als ungeschickter Reiter vor Geltendmachung seines Anspruchs auf Wandelung auch noch durch weitere schlechte Angewöhnungen, wie durch eine durch sein Verschulden hervorgerufene Widerspenstigkeit, Hartmäuligkeit oder dergl., entwertet. Hier kann der Verkäufer mit Recht geltend machen, daß es nicht unbillig ist, daß A bei Rückgabe des Pferdes ihm diese erhebliche Entwertung vergüte.[1])

Eine durch die Verhältnisse gebotene Einschränkung des Prinzips der Rückgewährpflicht enthält der auf einem Beschlusse der 2. Kommission beruhende Satz 2 des § 346. Geleistete Dienste können nicht in Natur zurückgewährt werden, ebensowenig die Überlassung der Benutzung einer Sache. Ist in dem aufgehobenen Vertrage für die geleisteten Dienste oder für die Überlassung der Benutzung eine Gegenleistung in Geld vereinbart, so ist diese zu vergüten, anderenfalls ist der gemeine Wert zu ersetzen, den die geleisteten Dienste zur Zeit der Leistung, die Benutzung der Sache zur Zeit der Überlassung gehabt haben.[2])

Zum Zwecke der Rückgewähr haben auch die erforderlichen dinglich wirkenden Rechtsakte, insbesondere Rückübertragung des Eigentums durch Übergabe der Sache, bei Grundstücken Rückauflassung, zu erfolgen. Denn der Rücktritt oder die Wandelung haben für sich in Ansehung der von dem einen Teile dem anderen

---

[1]) vgl. Leonhard S. 38ff., 53ff.; ferner Staudinger 3 zu § 347; ferner l. 3 § 1 D. 13, 6, l. 1 § 16 D. 16, 3: res deterior reddita non est reddita.

[2]) vgl. Mot. S. 20, 21, 230; Prot. Bd. 6 S. 159; Planck 2 zu § 346; Enneccerus S. 104; Dernburg S. 297.

übertragenen Gegenstände keine dingliche Wirkung. Aus der Fassung des analog anzuwendenden § 346 ist zu folgern, daß die Rücktrittserklärung nur obligatorische, nicht dingliche Wirkung hat. Daß dem vollzogenen Rücktritt und demgemäß der Wandelung die dinglichen Wirkungen mangeln, ergibt am deutlichsten[1]) ein Vergleich des § 346 mit dem § 158 Abs. 2, der von der auflösenden Bedingung handelt.

Während es im § 346 heißt: die Parteien sind verpflichtet, einander die empfangenen Leistungen zurückzugewähren, ist im § 158 Abs. 2 ausgesprochen, daß mit dem Eintritt der Bedingung die Wirkung des Rechtsgeschäfts endigt, und mit diesem Zeitpunkt der frühere Rechtszustand dinglich unmittelbar wiedereintritt. Fällt also bei einer Eigentumsübertragung, die unter auflösender Bedingung erfolgte, im Falle des Eintritts der Bedingung das Eigentum ohne weiteres wieder an den früheren Eigentümer zurück, so bedarf es nach erfolgtem Rücktritt vom Vertrage einer Rückübertragung des Eigentums an den früheren Eigentümer nach den Vorschriften der §§ 929 ff.[2])

Selbstverständlich können aber die Erfüllungsakte (dinglichen Verträge) auch so vollzogen werden, daß sie im Falle des Rücktritts wieder ungültig werden sollen, d. h. unter einer Resolutivbedingung. Bei Veräußerung von Grundstücken durch Auflassung ist die Hinzufügung einer Bedingung ausgeschlossen (§ 925 Abs. 2). Hier kann daher dem Anspruche auf Rückübertragung nur durch Eintragung einer Vormerkung (§ 883) Wirkung gegen Dritte verliehen werden. Wird im übrigen dem

---

[1]) So auch Kraus S. 401.

[2]) vgl. Oertmann 1a zu § 467.

Erfüllungsakte eine Resolutivbedingung hinzugefügt, so ist er nach den Regeln über resolutiv bedingte Geschäfte zu beurteilen. Die Vorschriften über das Rücktrittsrecht finden auf ihn dann keine Anwendung.[1])

In der Literatur wird vielfach die Frage erörtert, ob die allgemeinen Regeln der gegenseitigen Verträge auf die Wandelung zur Anwendung zu bringen seien.[2]) Die Frage wird nicht nur von den Anhängern der Restitutionstheorie, sondern auch von verschiedenen Vertretern der Vertragstheorie[3]) verneint. Auch wir schließen uns dieser Auffassung an. Denn die Anwendung der genannten Vorschriften würde zu einem unlöslichen Widerspruch mit den Rücktrittsregeln führen.[4]) Nach § 348 sollen für den Rücktritt (Wandelung) nur die §§ 320, 322 entsprechend anwendbar sein. Hierdurch werden mittelbar die sonstigen Regeln der gegenseitigen Verträge ausgeschlossen. Das bestätigen die §§ 347, 350, die mit §§ 323, 325 unvereinbar sind. Wollte man also auf die Wandelung subsidiär diese Bestimmungen anwenden, so stünde das mit der primären Anwendung der Rücktrittsregeln, wie sie § 467 befiehlt, in Widerspruch.[5])

---

[1]) So auch Planck Vorbem. 3 zu § 346; Staudinger Vorbem. IV 2 zu § 346; Enneccerus S. 105.

[2]) Vom Standpunkt der von uns vertretenen Restitutionstheorie aus hat die Streitfrage prinzipiell keine Bedeutung. Doch wird, wie schon oben gesagt, die Wandelung meist in der Form eines Vertrages vor sich gehen.

[3]) Besonders von Oertmann 1 zu § 467.

[4]) So auch Oertmann a. a. O.; Planck Bem. zu § 348; Enneccerus S. 105.

[5]) Übrigens ist es auch unrichtig, anzunehmen, daß die Wandelung notwendig zweiseitige Pflichten erzeuge. Dies ist z. B. nicht der Fall bei einer Wandelung vor vollzogener Vertragserfüllung oder nach Untergang der Kaufsache (§ 350; s. unten).

Andererseits wird aber durch den Rücktritt zufolge § 346 eine obligatorische Verpflichtung der Vertragschließenden zur gegenseitigen Rückgewähr der empfangenen Leistungen begründet. Es entspricht der gemeinsamen Herkunft der beiden „Pflichtenkomplexe" (Oertmann), sie in ein gewisses Abhängigkeitsverhältnis zu setzen, und daraus erklärt sich der § 348. Das Verhältnis der Parteien ist hiernach ein ähnliches, wie wenn sie in einem gegenseitigen Vertrage (§ 320) die Rückgewähr vereinbart hätten.[1])

Werfen wir nun einen kurzen Blick auf die wesentlichsten Unterschiede zwischen Wandelung und vertragsmäßigem Rücktrittsrecht.

Begrifflich ist nach der bisherigen Darstellung noch festzustellen, daß das Recht der Wandelung gemäß § 462 ein Anspruch im Sinne des § 194 ist.[2]) Das Rücktrittsrecht dagegen stellt keinen Anspruch in diesem Sinne dar, vielmehr ein sogenanntes Gestaltungsrecht oder Recht auf Rechtsänderung.[3]) Hinwiederum ist das Wandelungsrecht ein besonders gestaltetes gesetzliches Rücktrittsrecht.

Ein offensichtlicher, handgreiflicher Unterschied[4]) besteht darin, daß beim vertragsmäßigen Rücktrittsrecht schon von vornherein beim Vertragsschluß für eine oder

---

[1]) vgl. RG. in JW. 1907 S. 361. § 320 beruht auf der gemeinrechtlichen Entwicklung, vgl. Windscheid-Kipp § 321, vgl. ferner die eingehenden Ausführungen von Oertmann in BayZ. 1. Jahrg. Nr. 1 S. 10ff. Mit Rücksicht auf den Umfang der vorliegenden Arbeit muß es sich der Verfasser versagen, des näheren auf diese Frage sowie auf die mit dem Erfüllungsort bei der Wandelung und dem Gerichtsstand der Wandelungsklage zusammenhängenden Fragen einzugehen.

[2]) So auch Oertmann Vorbem. zu § 346.

[3]) vgl. Enneccerus § 262; Goldmann-Lilienthal § 102; Cosack § 112; Kisch a. a. O. S. 136; Kohler Bd. 2 S. 177.

[4]) Wolff S. 507.

beide Parteien der Rücktritt vorbehalten ist. Beide Parteien rechnen also von Anfang an mit der Möglichkeit des Rücktritts. Anders bei der Wandelung. Hier erfolgt der „Rücktritt" entgegen der Absicht beider Kontrahenten. Der Käufer pflegt beim Vertragsschlusse nicht mit der Rückgängigmachung des Vertrages zu rechnen, sondern mit dessen Erfüllung. Auf Grund der objektiven Fehlerhaftigkeit [1]) gebührt ihm dann der Anspruch auf Wandelung, während der Verkäufer in die Wandelung zu willigen gezwungen ist, ohne eine Ahnung von dem sie begründenden Mangel beim Verkauf der Sache zu haben.

Einige weitere Unterschiede sind außer den formalen in §§ 465, 349 (Geltendmachung) [2]) folgende:

Während das Rücktrittsrecht des Käufers ausgeschlossen ist, wenn er die Kaufsache durch Verarbeitung in eine Sache anderer Art umgestaltet hat, gilt dies für die Wandelung nicht, wenn der Mangel, wegen dessen gewandelt wird, sich erst bei der Umgestaltung gezeigt hat (§ 467).

Als Erläuterung diene das Beispiel bei Cosack S. 515: A hat von B eine Gans gekauft. Erst als sie gebraten und tranchiert ist, zeigt sich, daß das Fleisch einen widrigen Geschmack hat. Hier kann A noch jetzt wandeln.[3])

Während ferner das Rücktrittsrecht des Käufers erlischt, wenn es nicht binnen einer vom Verkäufer bestimmten angemessenen Frist ausgeübt wird, gilt dies für das Wandelungsrecht nur, wenn der Käufer vor der Frist-

---

[1]) vgl. Leonhard S. 53; Krückmann S. 198.

[2]) Siehe 1. Teil der Abhandlung.

[3]) vgl. Mot. S. 231, 232.

bestimmung einen Mangel der Sache behauptet, und der Verkäufer sich bei der Fristbestimmung zur Wandelung erboten hatte (§§ 355 S. 2, 466). Zutreffend ist das von Cosack a. a. O. gewählte Beispiel: A, der dem B einen photographischen Apparat geliefert hat, entdeckt gleich darauf selber, daß der Apparat unbrauchbar ist, und möchte ihn von A wiederhaben, um ihn dem Fabrikanten zurückzugeben. B gibt aber, obgleich A sich unter Setzung einer Frist zur Wandelung erbietet, keine Antwort. Hier behält B sein Wandelungsrecht; denn er hat ja seinerseits einen Mangel des Apparates noch nicht behauptet.

Das Recht der Wandelung unterliegt ferner eingehend geregelten Verjährungsfristen (§ 477), während das vertragsmäßige Rücktrittsrecht [1]) unverjährbar ist. Dagegen sind die aus dem vollzogenen Rücktritt entstandenen Verbindlichkeiten der Verjährung unterworfen.

Endlich verpflichtet die Wandelung nach § 467 S. 2 den Verkäufer zum Ersatz der Vertragskosten. Diese Vorschrift spielt eine gewisse Rolle in den Erörterungen der Streitfrage über den Umfang der bei der Wandelung vom Verkäufer zu ersetzenden Verwendungen.[2])

§ 3.

Ausschluß der Wandelung. Kurzer historischer Rückblick. Begriff des Verschuldens.

Im allgemeinen wurde schon im römischen und gemeinen Kaufrecht angenommen, in einer Verfügung des Empfängers über die als Erfüllung angebotene

---

[1]) Die Bestimmungen über das vertragsmäßige Rücktrittsrecht haben jedoch dispositiven Charakter.

[2]) vgl. Leonhard S. 40. Mit Rücksicht auf den Umfang der Arbeit kann auf diese Streitfrage des näheren nicht eingegangen werden.

Leistung liege eine Genehmigung der Erfüllung des Vertrages.[1]) In erster Linie kommt hier in Betracht die Genehmigung der zur Erfüllung des Kaufvertrages eingesandten Sache durch eine solche Verfügung über dieselbe, zu welcher der Käufer nicht berechtigt ist, falls er den Vertrag nicht gelten lassen will. Eine derartige Verfügung wurde manchmal schon in der bloßen Dirigierung der Ware an einen anderen Ort als den der Ablieferung erblickt, wenn dies auch nur zu dem Zwecke geschah, um sie dort zu untersuchen. In der Regel fand man sie in der, wenn auch erst begonnenen gewerblichen Verarbeitung der Ware, namentlich einer solchen, die bleibende Veränderungen zur Folge hat, wie das Abdämpfen des Tuches, Einweichen der Häute.

Aber auch die gegen die ausdrückliche Vereinbarung erfolgte Inbetriebsetzung der Maschinen, das Ausleeren der Fässer, in denen die Ware verschickt wurde, genügten hierzu, selbstverständlich auch der gänzliche Verbrauch der Ware. Handlungen dieser Art verpflichteten den Käufer, auch wenn er die Sache früher zur Disposition gestellt hatte, den ganzen vereinbarten Kaufpreis zu zahlen. Der Verarbeitung und dem Verbrauch wurde meist die Veräußerung der Sache gleichgestellt.

Anders verhielt es sich im besonderen mit den ädilitischen Rechtsmitteln. Diese setzen nicht etwa eine Zurückweisung der Sache als zur Erfüllung ungeeignet, sondern im Gegenteil Annahme der Sache als Erfüllung voraus. Die Verfügung des Käufers über die Ware ist daher nicht Verfügung über einen Gegenstand, der fremdes Eigentum ist; denn sie betrifft eine dem Empfänger bereits gehörende Sache.[2])

---

[1]) vgl. Eck S. 163 ff.; Ehrlich S. 127 ff. und die bei beiden zitierten zahlreichen Entscheidungen.

[2]) So auch Riezler S. 154.

Die Quellen[1]) stehen daher durchweg auf dem Standpunkt, daß nicht bloß die actio quanti minoris, sondern auch die actio redhibitoria weder durch die Weiterveräußerung der Sache an sich noch durch etwaige an der Sache vorgenommene Veränderungen, ja sogar dolose Verschlechterungen ausgeschlossen wird. Diese verpflichteten den Käufer nur zum Ersatze. Nur wenn der Käufer in Kenntnis des Mangels sich selbst in die Unmöglichkeit versetzt hat, die Sache zurückzugewähren, hatte er die redhibitoria verwirkt; dies war jedoch ausschließlich Folge der durch seine Handlung, sein Verhalten bewirkten Unmöglichkeit der Rückleistung.

Die moderne Rechtsprechung des gemeinen Rechts hatte diese Auffassung nur zum Teil noch bewahrt. Zwar nahm man in bezug auf die actio quanti minoris mit seltenen Ausnahmen an, daß sie, einmal entstanden, weder durch Verkauf, noch sonst durch eine über die Sache getroffene Verfügung untergehe, und auch mit der Wandelungsklage wurde es häufig so gehalten. Doch betonte man ebenso häufig, daß sich der Verkäufer die Redhibition nicht gefallen zu lassen brauche, wenn der Käufer nicht in der Lage ist, den gekauften Gegenstand überhaupt oder in wesentlich unverändertem Zustande zurückzustellen, also wenn er ihn verbraucht, verarbeitet oder weiter verkauft hat.

Obwohl es nun nirgends ausdrücklich ausgesprochen worden ist, so war es doch zweifellos, daß auf jene Entscheidungen, die eine Verwirkung[2]) der ädilitischen Rechtsmittel annehmen, allerdings die Analogie der Genehmigung der Qualität durch Konsumtion der als Erfüllung angebotenen Ware eingewirkt hat.

---

[1]) vgl. Windscheid-Kipp § 393.

[2]) Riezler S. 159.

Das entscheidende Moment war jedoch hierbei, daß überall davon ausgegangen wurde, nicht der Wille [1]) auf die Klage zu verzichten, nicht der durch die Handlungen erklärte Wille, den Kauf zu genehmigen, sondern die durch die eigene Handlung des Käufers veranlaßte Unmöglichkeit der Rückgewähr der gekauften Sache im früheren Zustande [2]) entziehe der Klage auf Redhibition oder Preisminderung die rechtliche Grundlage. Daher war die Redhibition nicht ausgeschlossen bei ganz geringen Veränderungen, die zur Zeit der Wandelung schon beseitigt waren, obwohl doch der Schluß auf den Willen hier derselbe sein müßte wie in den übrigen Fällen, weil hier die Unmöglichkeit der Rückgewähr der Sache in ihrem früheren Zustande nicht mehr vorlag.

Auf dieser Entwicklung beruht im wesentlichen die Gestaltung der Vorschriften im Bürgerlichen Gesetzbuch, nach denen die Wandelung ausgeschlossen ist. Wir betrachten nun diese Fälle im einzelnen. Es handelt sich hier um Schutzvorschriften für den Verkäufer als Gegengewicht gegen den äußerst energischen Schutz des Käufers infolge der ädilitischen Rechtsmittel.[3]) Das Interesse [4]) des Verkäufers darf die Rechtsordnung um so weniger außer acht lassen, als er in die Wandelung zu willigen gezwungen ist, ohne eine Ahnung [5]) von dem sie begründenden Mangel beim Verkauf der Sache gehabt zu haben. Das Interesse des Käufers und das des Verkäufers sucht nun das Gesetz gerecht gegenseitig abzu-

[1]) So auch mit Recht die heutige Dogmatik, vgl. Riezler a. a. O.

[2]) Über die gleiche Auffassung der Redaktoren des BGB. vgl. Oertmann in DJZ. 1905 S. 517.

[3]) vgl. Eck S. 161; Haymann, Haftung des Verkäufers (Vorwort).

[4]) So auch Conze S. 54, 87.

[5]) Leonhard S. 53; Sohm, Instit. S. 384; Kisch S. 194.

wägen und muß deshalb die Wandelung in den Fällen ausschließen, wenn der Verkäufer durch sie dem Käufer gegenüber einen unbillig großen Schaden erleiden würde.

Zunächst wird im § 467 die entsprechende Anwendung des § 351[1]) vorgeschrieben, d. h. die Wandelung soll ausgeschlossen sein, wenn der Käufer eine wesentliche Verschlechterung, den Untergang oder die anderweitige Unmöglichkeit der Herausgabe der Kaufsache verschuldet hat.[2])

Die §§ 351—353 setzen voraus, daß der Rücktritt noch nicht erklärt, also die Wandlung noch nicht vollzogen ist, oder mit anderen Worten: ist die vom Berechtigten verschuldete wesentliche Verschlechterung usw. erst nach der Erklärung des Rücktritts eingetreten, so wird der erklärte Rücktritt nicht unwirksam. Der Gegner des Rücktrittsberechtigten hat lediglich den Anspruch auf Schadensersatz aus § 347.[3]) Und nach § 467 sind die Vorschriften des § 351 auf die Wandelung in der Weise entsprechend anzuwenden, daß statt der Rücktrittserklärung des Berechtigten die Vollziehung der Wandelung — meist wird es sich hierbei um einen Vertrag handeln — als diejenige Rechtshandlung anzusehen ist, bis zu welcher ein Verschulden der in § 351 bezeichneten Art den Ausschluß des Wandelungsrechts zur Folge hat.[4]) Solange also die Wandelung nicht vollzogen ist, kann ein solches Verschulden des Berechtigten den Verlust des bis dahin

[1]) Die Vorschrift hat dispositiven Charakter; vgl. aber § 276 Abs. 2.

[2]) Im gemeinen Recht war streitig, welchen Einfluß auf den redhibitorischen Anspruch die schuldhafte Vernichtung oder Verschlechterung der Kaufsache hatte; vgl. Windscheid-Kipp S. 691; Eck S. 163/64.

[3]) vgl. RG. Bd. 59 S. 99.

[4]) So auch das gemeine Recht; vgl. RG. in JW. 1909 S. 457.

begründeten Wandelungsanspruchs bewirken. Durch nachträgliche Verschlechterung jedoch wird der Wandelungsanspruch selbst dann nicht aufgehoben, wenn sie vom Käufer verschuldet ist; dagegen kann sie einen Schadensersatzanspruch aus § 347 begründen.

Es entsteht zunächst die Frage, ob der Ausdruck „verschuldet" hier in technischem Sinne der §§ 276 ff. oder in dem weiteren Sinne „jeder freien, imputabeln, nicht durch die Verhältnisse gebotenen oder gestatteten unwirtschaftlichen Handlung" [1]) auszulegen ist.

Oertmann (S. 202) vertritt die letztere Auffassung,[2]) der auch wir uns anschließen. Er meint, daß von einer wahren „Verschuldung" hier, wo der Betreffende doch ein volles Recht (Eigentum) auf den Gegenstand habe, nicht geredet werden könne.[3]) Ferner stützt sich Oertmann auf die Analogie des § 352. Bei diesem wird in der Tat schon wegen des allgemeinen Wortlauts „Verschuldung" sicher nicht erfordert. Endlich spricht auch der Wortlaut des § 351 nicht gegen die hier gebilligte Auffassung. Die Worte „Verschulden" und „schuldhaft" werden auch sonst vom Gesetzbuch im untechnischen Sinne gebraucht (z. B. § 254).

Dies deckt sich auch mit dem Standpunkt von Enneccerus.[4]) Demzufolge liegt Verschulden in diesem Sinne vor, wenn der Wandelungsberechtigte in Kenntnis oder nicht entschuldbarer Unkenntnis [5]) des (wenn auch

---

[1]) Oertmann 1 zu § 351; Kohler Bd. 2 S. 179.

[2]) übereinst. Schollmeyer, Einzelne Schuldverh. S. 34; abw. Kisch S. 141.

[3]) Riezler S. 154.

[4]) S. 106 Anm. 5.

[5]) Zum Teil abweichend, aber mit demselben Ergebnis Conze S. 54.

nur eventuellen) Wandelungsrechts Handlungen vornimmt, die er mit Rücksicht auf seine event. Rückgabepflicht nicht hätte vornehmen dürfen. Er kann sich nicht darauf berufen, daß es ja von seinem Willen abhing, nicht zur Wandelung zu schreiten, also nicht zur Rückgewähr verpflichtet zu sein. Denn es wäre gegen Treu und Glauben, sich darauf zu berufen und doch Wandelung zu begehren. Und zwar gilt das über das Verschulden des Käufers hier Gesagte ohne Rücksicht auf die Kenntnis des Mangels.[1])

In Anlehnung an das gemeine Recht[2]) haftet der Käufer für ein Verschulden seines gesetzlichen Vertreters und der Personen, deren er sich zur Erfüllung seiner Verbindlichkeit bedient (§§ 467, 351, 278). Unter dieser Erfüllung seiner Verbindlichkeit ist die Pflicht des Käufers zu verstehen, in Vollziehung der Wandelung die Kaufsache zurückzugeben. Denn vor vollzogener Wandelung kann von dem Käufer als „Schuldner" noch nicht die Rede sein. Durch besondere Hervorhebung im § 351 soll die Haftung des Käufers für das Verschulden der genannten Personen auf die Zeit vor Vollzug der Wandelung ausgedehnt werden. Der Verbindlichkeit entspricht, da hier eine solche noch nicht vorhanden ist, die wirtschaftliche Behandlung der Kaufsache als Vorbedingung der Wandelung. Wie eignes Verschulden in bezug auf diese Behandlung dem Käufer den Wandelungsanspruch nimmt, so auch konsequenterweise das Verschulden seiner Leute, für die er aufzukommen hat. Es sind dies außer dem gesetzlichen Vertreter eben diejenigen Hilfspersonen,

---

[1]) Das gemeine Recht in gewissen Beziehungen abweichend; vgl. Conze S. 59.

[2]) Hanausek S. 143, 145; Conze S. 18.

deren sich der Käufer zur wirtschaftlichen Behandlung der Sache bedient.[1]) Ob die Hilfspersonen von dem Kaufe oder dem Mangel der Kaufsache etwas wußten oder nicht, ist unerheblich (vgl. Conze S. 19). Dem Begriff „Verschulden" kommt hier die gleiche Ausdehnung wie oben S. 43 zu.

Werfen wir zunächst einen Blick auf den Begriff des gesetzlichen Vertreters in diesem Zusammenhange. Hier begegnen wir mannigfachen Streitfragen in der Literatur,[2]) auf die jedoch im einzelnen einzugehen für uns kein Anlaß vorliegt.

Die Ehefrau im Rahmen der Schlüsselgewalt dürfte als Vertreterin des Mannes zu gelten haben (§ 1357).[3])

Als Erläuterung mögen die Beispiele[4]) bei Cosack (S. 512) dienen. A hat von B zum Gebrauch für seine Frau eine Nähmaschine gekauft. Die Maschine geht aber nicht, weil ein Metallstück verbogen ist. Nun sucht Frau A die Maschine mit Gewalt in Ordnung zu bringen und macht sie dadurch ganz entzwei. Hier hat A das Wandelungsrecht eingebüßt.

Derselbe Fall, nur daß die Tochter A's es war, die die Nähmaschine ohne Vorwissen der Eltern zu reparieren versucht hat. Auch hier hat A, so möchten wir im Gegensatz zu Cosack entscheiden, selbst wenn ihn und seine Frau persönlich keine Mitschuld trifft, das Wandelungsrecht verloren.

Mit Recht muß man im ersten Fall die Ehefrau als gesetzliche Vertreterin des Mannes ansehen. Es handelte

---

[1]) vgl. Oertmann S. 384; RG. im Recht 1907 Nr. 2536; Düringer-Hachenburg S. 184.

[2]) vgl. Oertmann S. 384, 94, 95.

[3]) So auch Feder S. 25.

[4]) Deren eines wir aber abweichend beurteilen zu müssen glauben.

sich bei der Ingebrauchnahme der Maschine um ein Geschäft, dessen besondere Beschaffenheit nach der bestehenden Sitte auf Erledigung durch die Frau hinweist,[1] also um einen Tatbestand des § 1357.

Die Tochter dagegen im zweiten Falle kann nicht als Vertreterin gelten, ebensowenig zählt sie zu denjenigen Hilfspersonen, deren sich der Käufer zur wirtschaftlichen Behandlung der Sache bedient.

Aber nach allgemeiner Auffassung haftet der Käufer auch für das Verschulden solcher Personen, denen er nur die Möglichkeit der Einwirkung auf die Sache eingeräumt hat, oder die mit ihr notwendig in Berührung kommen (Familienmitglieder, Gäste, Dienstboten usw.).[2] Diese Auffassung erscheint uns begründet. Denn die hier in Frage stehenden Vorschriften dienen einem wirksamen Schutze des Verkäufers. Zu dieser Kategorie von Personen würde also die Tochter in dem Cosackschen Beispiele zu rechnen sein.

Ferner zählt man allgemein zu den Hilfspersonen auch diejenigen, denen der Käufer die Sache durch ein wenn auch zunächst auf einen anderen Zweck gerichtetes Rechtsgeschäft anvertraut hat. Deren Pflicht ist dann die wirtschaftliche Behandlung der Sache.

Wenn z. B. der Käufer die empfangene Sache verliehen oder vermietet hat und der Entleiher oder Mieter den Untergang der Sache verschuldet haben, so ist die Wandelung ausgeschlossen.[3]

---

[1]) vgl. RG. Bd. 61 S. 80.

[2]) Feder S. 36; Art. 95 Abs. 2 EG. z. BGB.; Staudinger 4 zu § 351 I, 2 zu § 278.

[3]) Conze S. 57; Prot. Bd. 6 S. 162, 163; Goldmann-Lilienthal S. 503.

Schon hier sei darauf hingewiesen, daß auch § 353 dem Bestreben des Gesetzes dient, den Käufer für den dritten Erwerber ebenso einstehen zu lassen, wie für diejenigen, welche ihm gegenüber sich zur Aufbewahrung der Sache verpflichtet haben oder als seine Gehilfen dazu verpflichtet sind.[1]) Den Wandelungsanspruch soll jede Verfügung des dritten Erwerbers vernichten, die vom Käufer selbst vorgenommen, diesen Erfolg haben würde.

Bei dieser Auffassung von Verschulden und Haftung für die Hilfspersonen wird in jedem einzelnen Fall die Entscheidung leicht zu treffen sein, ob die Wandelung verwirkt ist oder nicht. Das Verhalten des Käufers oder desjenigen, für den er einzustehen hat, wird in subjektiver Beziehung danach zu beurteilen sein, ob er nicht die unwirtschaftliche Behandlung der Sache bewußt gewollt bezw. nicht mit Anwendung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt in ordnungsmäßiger Bewirtschaftung der Sache gehandelt hat. In objektiver Hinsicht ist die Vernichtung oder Verschlechterung einer nicht verbrauchbaren Sache (§ 92) im Prinzip unwirtschaftlich. Geschieht sie dennoch, um eine Gefahr abzuwenden, wird der von Tollwut befallene Hund getötet, ehe er noch mit anderen in Berührung kommen und sie anstecken kann, so ist die Tötung objektiv eine wirtschaftliche Handlung. Der Wandelungsanspruch bleibt bestehen.[2]) Andererseits verwirkt der Käufer, wenn die Vernichtung der Sache objektiv unwirtschaftlich ist, nur dann das Recht der Wandelung, wenn er schuldhaft gehandelt hat. Falls er meint, als guter Hausvater zu handeln, wenn er z. B. den gesunden Hund tötet, weil er sich einbildet, er sei tollwütig,

---

[1]) vgl. Conze S. 73; Riezler S. 155.

[2]) So auch Conze S. 59.

so kommt es darauf an, ob dieser Glaube auf Fahrlässigkeit beruht oder nicht.[1])

Wesentliche Verschlechterung, Untergang, anderweitige Unmöglichkeit der Herausgabe.[2])

Betrachten wir zunächst den allgemeinen Inhalt der §§ 351 ff., insbesondere den Begriff „anderweitige Unmöglichkeit der Herausgabe". Das Bürgerliche Gesetzbuch spricht von Unmöglichkeit nur bei Leistungen aus Verträgen. Denn es geht von der Anschauung aus, daß eine Leistung ex lege nicht auf etwas Unmögliches gerichtet sein kann. Würden nun beim Rücktrittsrecht die Bestimmungen der §§ 350 ff. fehlen, dann könnte der Fall eintreten, daß eine obligatio ex lege auf etwas von vornherein Unmögliches gerichtet wäre. Die §§ 350 ff. sind als notwendig ergänzende Regelung einer speziellen obligatio ex lege gedacht, und zwar als Korrelat zu den §§ 306 ff., welche die obligatio ex contractu betreffen.

Man wird annehmen müssen, daß die §§ 350 ff. den nämlichen Grundgedanken wie die §§ 306 ff. enthalten und nur aus zwingenden Gründen das sonstige System durchbrechen.[3])

In der Tat entspricht der § 351 mit § 352 dem § 306. Wie in § 306 der Vertrag nichtig ist, der auf Unmögliches gerichtet ist, so ist der Rücktritt ausgeschlossen, falls er die Verpflichtung zu einer unmöglichen Leistung

[1]) Die Kenntnis des Redhibitionsmangels ist, wie oben gesagt, gleichgültig.

[2]) Auf diesem Gebiete herrschte im gemeinen Recht die größte Meinungsverschiedenheit. Zusammenstellung der Kontroversen bei Eck S. 163, 164.

[3]) übereinst. Siegel in JW. 1906 S. 802.

begründen sollte. Hier sei bemerkt, daß der § 350 eine Ausnahme vom sonstigen System darstellt, die aber wohl begründet ist; er will vermeiden, daß ein wohlerworbenes Recht, das Rücktrittsrecht, untergeht, weil es eine Verpflichtung gleichzeitig begründen würde, die der Berechtigte ohne sein Verschulden unmöglich erfüllen kann.

Wenn wir nun dem Begriff „der wesentlichen Verschlechterung"[1]) der Kaufsache nähertreten, so kann man sich, ausgehend von dem mit § 351 verbundenen Zweck eines Schutzes für den Verkäufer, fragen, ob eine solche nur dann vorliegt, wenn der Gegenstand selbst eine wirkliche objektive Verschlechterung erlitten hat, oder ob auch ohne eine solche nachteilige Änderung eine Minderwertigkeit und mithin eine Verschlechterung angenommen werden kann, wenn die Sache lediglich von der Auffassung des Verkehrs aus irgendeinem Grunde bezüglich ihres Wertes oder ihrer Brauchbarkeit ungünstiger beurteilt wird. Unzweifelhaft entspricht diese ausdehnende Auslegung des Begriffs der Verschlechterung nicht selten den Interessen des Verkäufers; vor allem wird dies dann der Fall sein, wenn der Verkäufer ein Händler ist und wenn der Kaufgegenstand, bezüglich dessen die Wandelung begehrt wird, auch ohne objektive Verschlechterung durch das Verschulden des Käufers seine Verkäuflichkeit in erheblichem Maße eingebüßt hat.[2])

Das Reichsgericht (JW. 1907 S. 47) hält diese weitere Auslegung für rechtlich ausgeschlossen. Die zur Entscheidung stehende Sachlage war folgendermaßen. Der Vorder-

---

[1]) Das gemeine Recht unterschied zwischen Verschlechterung schlechthin und Vernichtung der Sache; vgl. Conze S. 11 ff.

[2]) vgl. Thiesing im Recht 1908 S. 877; ferner Staudinger 3 zu § 351 II, 1 zu § 467.

richter hatte die vom Käufer eines Automobils erhobene Wandelungsklage schon um deswillen abgewiesen, weil dieser, noch des Fahrens unkundig, mit dem Wagen einen Unfall erlitten hatte. Diese Erkenntnis beruhte auf der durch einen Sachverständigen bestätigten Erwägung, daß die Verkäuflichkeit des Fahrzeugs durch dies Vorkommnis wesentlich gemindert sei. Denn der Verkäufer sei nach Treu und Glauben verpflichtet, etwaigen Reflektanten den Unfall nicht zu verschweigen, und diese würden sich daraufhin, wenn überhaupt, so doch nur zu einem entsprechend geringeren Preise zum Ankauf verstehen. In der Erschwerung der Verkäuflichkeit liege eine Verschlechterung des Wagens im Sinne des § 351.

Das Reichsgericht erklärt diese Entscheidung für abwegig. Es gibt jedoch zu, daß bei einer Prüfung der Frage die individuelle Brauchbarkeit der zurückzugebenden Sache für den anderen Teil und dessen Interessen mit in Rücksicht gezogen werden könnten.

Wir möchten weiter gehen und behaupten, daß dies nicht nur geschehen kann, sondern geschehen muß. Auf Grund dieses Gedankens glauben wir die Möglichkeit eines genügenden Schutzes für den Verkäufer gewinnen zu können.[1]) Wenn man auch daran festhalten muß, daß die Substanz der Sache eine sich als Verschlechterung darstellende Veränderung erfahren haben muß, so braucht doch diese, rein objektiv betrachtet, keine wesentliche zu sein. Vielmehr genügt eine an sich geringfügige Verschlechterung, wenn nur dadurch in Anbetracht der konkreten Verhältnisse eine erhebliche Benachteiligung des Verkäufers entsteht. Kommt also die an sich nur wenig verschlechterte Sache für den Verkäufer lediglich als

---

[1]) So auch Thiesing a. a. O.

Handelsobjekt in Betracht, so wird gleichwohl der Wandelungsanspruch wegen wesentlicher Verschlechterung dann ausgeschlossen, wenn sie infolge des an sich nicht wesentlichen Fehlers gar nicht oder nur schwer verkäuflich geworden ist. Dieses Ergebnis scheint uns bei vernünftiger Interessenabwägung den inneren Gründen sowie der offenkundigen Tendenz des § 351 zu entsprechen.[1])

Der Ausschluß des Wandelungsrechts tritt also im Falle verschuldeter Verschlechterung der Kaufsache nur dann ein, wenn die Verschlechterung eine wesentliche ist. Der Untergang der Sache steht nach § 351 der wesentlichen Verschlechterung gleich.[2]) Ausgeschlossen ist die Wandelung nun nicht bloß dann, wenn der ganze Gegenstand, sondern schon wenn ein erheblicher Teil desselben untergegangen ist (§ 351 Satz 2). Geht z. B. infolge unwirtschaftlicher Behandlung durch den Käufer (etwa fahrlässiges Verbrennenlassen) der mit dem gekauften Schreibtisch verbundene, als Bücherregal dienende Aufsatz entzwei, so ist die Wandelung ausgeschlossen. Ist die Verschlechterung keine wesentliche oder nur ein unerheblicher Teil des Gegenstandes untergegangen, z. B. bei einem größeren Möbelwagen eine kleine Radspeiche durch Fahrlässigkeit des Käufers oder seiner Leute verloren gegangen, so bleibt die Wandelung zulässig. Der Wandelungsberechtigte ist jedoch nach Maßgabe des § 347 (s. oben) dem anderen Teile zum Ersatz des entstandenen Schadens verpflichtet.

Daß trotz Vernichtung oder Untergangs der Wandelungsanspruch bestehen bleibt, ist, wie im gemeinen Recht, regelmäßig bei verbrauchbaren Sachen der Fall.[3]) Sie sind

[1]) Abw. Staudinger II, 1a zu § 467; vgl. aber Sohm in DJZ. 1910 S. 114/15.

[2]) Prot. S. 795; Conze S. 49.

[3]) vgl. Conze S. 27; Hanausek S. 147. Anders natürlich bei nichtverbrauchbaren Sachen; vgl. LZ. 1909 S. 632; Riezler S. 156.

der Vernichtung geweiht, und ihr bestimmungsgemäßer Verbrauch wird sich stets als eine wirtschaftliche, also unverschuldete Handlung des Käufers darstellen. Hat also z. B. jemand sich Wurst gekauft und sie verzehrt und merkt erst an den Folgen, daß sie verdorben war, so kann er trotz des Verbrauchs noch wandeln.[1] Dasselbe gilt aber auch von dem, der die gekaufte Sache in Kenntnis[2] des Fehlers ihrer Bestimmung gemäß verbraucht. Denn auch er hat die Sache objektiv wirtschaftlich behandelt. Bei verbrauchbaren Sachen ist es sogar oft der Fall, daß die Aufbewahrung für den Verkäufer zwecks Wandelung wegen des dadurch herbeigeführten Verderbs der Sachen eine unwirtschaftliche Handlung wäre. Hier tritt besonders klar die Wirtschaftlichkeit des Verbrauchs hervor, weil nur so überhaupt noch eine Verwendung der Sache möglich ist.

In einem solchen Falle der Wandelung muß der Käufer dem Verkäufer den Wert ersetzen, welchen der Verbrauch der Sache für ihn hatte. Denn nach § 346 Satz 2 ist für die Überlassung der Benutzung einer Sache der Wert zu vergüten, und der Verbrauch ist die der Natur der verbrauchbaren Sachen entsprechende Benutzung.[3]

Der wesentlichen Verschlechterung und der Vernichtung ist im § 351 noch die anderweitige Unmöglichkeit der Herausgabe gleichgestellt, die der Käufer verschuldet hat.[4] Diese ist z. B. anzunehmen, wenn durch Verschulden des Käufers die Kaufsache in eine tiefe Gletscherspalte oder

---

[1]) So auch Conze S. 59.

[2]) Anders gestaltet sich die Lage des Käufers im Falle des § 377 HGB.

[3]) Übereinst. Conze S. 60.

[4]) Über den Einfluß der Weiterveräußerung der Sache in Kenntnis des Mangels auf das Wandelungsrecht s. unten.

in das Meer gefallen ist, aus dem sie herauszuholen niemandem möglich ist. Ebenso unmöglich ist die Herausgabe dann, wenn der Gegenstand verloren gegangen oder unauffindbar verlegt worden ist. Es steht hierbei das nachträglich eintretende Unvermögen des Schuldners der objektiven Unmöglichkeit gleich (§ 275). Nun kann zwar (vgl. oben) vor Vollzug der Wandelung noch nicht von einem Schuldverhältnis und einer Verpflichtung zur Leistung die Rede sein, aber der Käufer hat als Schuldner die Unmöglichkeit der ihm in Vollziehung der Wandelung obliegenden Leistung, nämlich der Herausgabe der Kaufsache zu vertreten, es sei denn, daß er sie nicht verschuldet hat. Anderenfalls verliert er den Wandelungsanspruch. Dies gilt also auch dann, wenn die Sache dem Käufer infolge seiner Fahrlässigkeit gestohlen oder sonst abhanden gekommen ist.

Es muß hier endlich auch der Fall genannt werden, daß der Käufer durch eine Veräußerung der Kaufsache sich selber schuldhafterweise in die Unmöglichkeit der Rückgewähr versetzt hat.[1])

Einfluß der Umgestaltung der Kaufsache auf die Wandelung.

Werfen wir ferner einen Blick auf die Umgestaltung der Sache und deren Wirkung auf das Wandelungsrecht. Die römischrechtlichen Quellen besprechen den Fall der Spezifikation von diesem Gesichtspunkt aus nicht besonders. Es besteht eben kein Unterschied von der Behandlung der Vernichtung überhaupt. Anders das Bürgerliche Gesetzbuch. Während aber bei alleiniger entsprechender Anwendung des

---

[1]) vgl. RG. Bd. 56 S. 258, 267; Planck zu § 353; Riezler S. 155.

§ 352 die Wandelung im Falle der Umgestaltung schlechthin ausgeschlossen sein müßte, gestattet die besondere Vorschrift des § 467 die Wandelung stets noch in dem Falle, in dem der Mangel der Sache sich erst bei ihrer Umgestaltung gezeigt hat. Hier bemerken Goldmann-Lilienthal [1]) mit Recht: Bei der Umgestaltung sei weniger zeitlich als kausal aufzufassen; es bedeute infolge der Umgestaltung, sodaß es auch genügt, wenn sich der Mangel erst nach der Umgestaltung zeigt. [2])

Allgemein sei über § 352 noch folgendes bemerkt. Nach § 352 soll die Umgestaltung [3]) durch Verarbeitung oder Umbildung erfolgen. Dieses Begriffsmerkmal stimmt überein mit der Spezifikation, von der § 950 spricht. Der Unterschied ist jedoch wie im gemeinen Recht, daß § 950 von der Herstellung einer neuen Sache durch die Umgestaltung einer fremden Sprache handelt. Folge der Umgestaltung ist im § 950 Eigentumserwerb, im § 352 in Verb. mit § 467 Verlust des Wandelungsanspruchs. Hierbei ist ein fernerer Unterschied zu verzeichnen. Das Eigentum wird nach § 950 nicht erworben, wenn der Wert der Verarbeitung oder Umbildung erheblich geringer ist als der Wert des Stoffes. Bei den §§ 352, 467 ist das Verhältnis des Wertes der Verarbeitung zum Werte des Stoffes ohne Einfluß.[4]) Durch jede Umgestaltung, nachdem sich der Mangel schon ge-

---

[1]) S. 503 Anm. 8

[2]) So auch Dernburg § 186 II, 3; Enneccerus S. 318.

[3]) vgl. Conze S. 66. Die Umarbeitung eines wesentlichen Teiles ist der Umgestaltung der Sache überhaupt gleich zu behandeln; ebenso hat der Käufer für die Hilfspersonen einzustehen, für deren Verschulden er bei der Vernichtung aufkommen muß. Oertmann 3 zu § 352; Schollmeyer 2 zu § 352.

[4]) So auch Staudinger 1 zu § 352.

zeigt hatte, verwirkt[1]) der Käufer den Wandelungsanspruch. Wie allgemein anerkannt ist,[2]) wird ein Verschulden als Tatbestandsmerkmal im § 352 nicht vorausgesetzt. Dabei macht sich das Gesetz im Vergleich zu § 351 nicht etwa einer Inkonsequenz schuldig. Vielmehr läßt es sich bei beiden Bestimmungen von dem Bestreben nach gerechter Abwägung der beiderseitigen Interessen gegeneinander leiten (s. oben). Für den Fall, daß sich der Mangel bereits vor der Umgestaltung gezeigt hat, erfordert die Billigkeit, den Ausschluß der Wandelung nicht noch von einem Verschulden des Käufers abhängig zu machen. Der Käufer, der eine Umgestaltung vornimmt, verfolgt damit in der Regel den Zweck, die Sache zu dem Gebrauch, den er gerade von ihr machen will, herzurichten. Dabei wirkt er derartig auf die Sache ein, daß sie unter Umständen für andere, insbesondere den zur Rücknahme verpflichteten Verkäufer unbrauchbar wird. Z. B. der Käufer eines Quantum Marmors merkt schon vor der Verarbeitung, daß der Marmor brüchig ist. Trotzdem schreitet er dazu, einen Bau davon zu beginnen. In diesem Falle kann er nicht mehr wandeln.

Zeigt sich dagegen die Brüchigkeit des Marmors erst beim Bauen, dann ist die Wandelung zulässig. Wenn sich der Fehler erst bei der Umgestaltung zeigt, ist das Recht der Wandelung gegeben einfach aus dem Grunde, weil es unbillig, ja geradezu widersinnig wäre, wenn dieselbe Tätigkeit, die dem Käufer erst Kenntnis von dem ihm zustehenden Anspruch gibt, diesen zugleich auch vernichten sollte.[3])

---

[1]) Riezler S. 159.

[2]) Conze S. 63; Keidel 1 zu § 352; Staudinger 1 zu § 352; Oertmann 1 zu § 352. Letzterer schließt dies mit Recht aus dem allgemeinen Wortlaut des § 352.

[3]) Oertmann zu § 467; Planck 1 b β zu § 467; Conze S. 64.

Mit Recht betont Conze (S. 64), daß die Worte „sich zeigen“ im § 467 eine objektive Färbung tragen; aber man müßte sinnergänzend hinzusetzen: so, daß ein ordentlicher Hausvater den Mangel auch schon erkennen konnte. Bei dieser Auffassung ist die Sonderbestimmung des § 467 in der Tat geeignet, die Unbilligkeit auszugleichen, die sich bei alleiniger analoger Anwendung des § 352 für den Käufer ergeben würde. Es ist auf diese Weise erreicht, daß die §§ 351 u. 352 auch in ihrer analogen Anwendung auf den Kauf sich zwar äußerlich durch das im § 352 fehlende Erfordernis des Verschuldens unterscheiden, in Wahrheit aber gerade dadurch beide den gleichen Erfolg des gerechten Interessenausgleichs zwischen Käufer und Verkäufer herbeizuführen vermögen. Die Schädigung des Verkäufers durch die Wandelung nach erfolgter Umgestaltung der Kaufsache ist so stark, daß die Frage nach einem Verschulden des Käufers dabei unwesentlich erscheinen muß. Größer aber wäre die Unbilligkeit für den Käufer, der, wenn der Mangel sich erst bei der Umgestaltung gezeigt hat, seinen Wandelungsanspruch verlieren würde im selben Augenblick, in dem er die Möglichkeit erhält, ihn geltend zu machen. Dies wird durch die Bestimmung im § 467 vermieden.[1])

Hierbei wird verschiedentlich die Frage aufgeworfen,[2]) wie in dem Falle zu entscheiden sei, wenn der Käufer gestorben ist, nachdem sich der Mangel bereits gezeigt hatte, der Erbe aber, ohne hiervon eine Ahnung zu haben, eine Umgestaltung vornimmt und dabei seinerseits den Mangel entdeckt. Hier ist der Wandelungsanspruch verwirkt.[3])

---

[1]) Übereinst. Conze S. 65.

[2]) vgl. Conze a. a. O.; Schollmeyer 1 zu § 352.

[3]) So auch Oertmann 3 zu § 352; Staudinger 2 zu § 352; Schollmeyer 1 zu § 352.

Denn der Mangel der Kaufsache hatte sich bereits gezeigt. Und das ist das Entscheidende. Selbst der Käufer hätte also keine Umgestaltung mehr vornehmen können, ohne seinen Wandelungsanspruch zu verlieren.

Mit Recht führt Conze (S. 66) im Anschluß an Schollmeyer (1 zu § 352) aus, daß, wie dies im gemeinen Recht anerkannt war,[1]) auch nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch der Käufer dann zur Wandelung berechtigt ist, wenn die Umgestaltung rückgängig zu machen ist. Natürlich muß er zunächst die Rückgestaltung vornehmen. Ist diese aber erfolgt, so ist keine Sache anderer Art mehr vorhanden. Die Umgestaltung würde als gar nicht erfolgt zu gelten haben.

Aus den §§ 467, 352 folgt, wie wir gesehen haben, daß die Wandelung, wenn sich der Fehler erst bei der Umgestaltung gezeigt hat, weiter zulässig ist. Kommt es zur Wandelung, so hat, wie allgemein anerkannt wird, der Käufer die umgestaltete Sache zurückzugeben, wenn die Rückgestaltung nicht möglich ist. Denn das Gesetz gibt durch Aufstellung eines besonderen Rechtssatzes für die Umgestaltung neben dem § 351 zu erkennen, daß durch die Umgestaltung keine Unmöglichkeit der Herausgabe der Kaufsache verursacht wird, bei der allerdings, wenn sie ohne Verschulden des Käufers eintritt, nichts zurückzugewähren wäre.[2])

Was nun die Kosten der Spezifikation betrifft, so geben die Motive (S. 231, 232) dem Käufer einen Ersatzanspruch schlechthin. Hiergegen wenden sich mit Recht Planck und Oertmann.[3]) Es finden die §§ 347, 994 Abs. 2, § 677 ff. Anwendung. Hiernach kann der

---

[1]) Conze S. 29, 30.

[2]) vgl. Conze S. 67

[3]) In ihren Bemerkungen zu § 467.

Käufer nur für die auf die Sache gemachten notwendigen Verwendungen Ersatz verlangen, und zwar nach den Vorschriften über die Geschäftsführung ohne Auftrag, d. h. dann, wenn die Verwendung dem Interesse und dem wirklichen oder mutmaßlichen Willen des anderen Teiles entsprochen hat oder von diesem genehmigt wird.[1]) Wie das Bürgerliche Gesetzbuch den Begriff der Verwendung im allgemeinen nicht feststellt, so enthält es auch keine Definition der „notwendigen" Verwendung.[2]) Man wird hierzu unter Anlegung eines rein objektiven Maßstabes alle diejenigen Verwendungen zu zählen haben, welche die ordnungsmäßige Bewirtschaftung und Verwaltung der Sache mit sich bringt.[3]) Jedoch nicht nur die zur Erhaltung der Sache notwendigen Verwendungen, auch neue Anlagen können in Betracht kommen sowie Verwendungen zur Bestreitung von Lasten der Sache.[4])

Aus dieser Begriffsbestimmung ergibt sich, daß die Kosten der Umgestaltung zu den notwendigen Verwendungen nicht gehören, der Käufer also Ersatz nicht verlangen kann. Der Käufer wird daher besser von der Wandelung Abstand nehmen, wenn die Kosten der Umgestaltung sehr erheblich waren.

Conze (S. 67) führt an, Oertmann halte in jedem Falle die Naturalredhibition der umgestalteten Sache für erforderlich. In der nach der Conzeschen Schrift erschienenen neuen Auflage seines Kommentars (2. Aufl. 1906) hat Oertmann diese Ansicht aufgegeben. Und

---

[1]) Staudinger III zu § 467; Conze a. a. O.

[2]) Daher ist der Begriff in der Literatur streitig; vgl. Staudinger Anm. zu § 994.

[3]) vgl. Baring S. 459 ff.; Dernburg, Pand. Bd. 1 § 227 Anm. 6, Enneccerus-Kipp-Wolff Sachenrecht S. 256.

[4]) RG. Bd. 22 S. 218.

mit Recht; denn es muß bei der Wandelung zwar der Käufer stets die verarbeitete Sache auf Verlangen des Verkäufers herausgeben. Ein Zwang aber, die umgestaltete Sache zurückzunehmen, kann gegen den Verkäufer nicht geübt werden. Denn das Objekt der Rückgabe ist die Kaufsache, wie sie zur Zeit des Kaufes war. Diese ist aber beim Vorliegen des Tatbestandes des § 352 in eine Sache anderer Art umgestaltet.

Ist aber der Verkäufer nicht mit der Herausgabe der umgestalteten Sache einverstanden, so kann er vom Käufer nicht etwa vollen Interesse- oder auch nur Wertersatz an Stelle der Sache verlangen. Dieser Fall würde einzig dastehen, da das Bürgerliche Gesetzbuch sonst, falls die Sache nicht zurückgegeben wird, entweder dem Käufer das Wandelungsrecht überhaupt entzieht oder dem Verkäufer gar keine Schadensersatzansprüche einräumt. Da aber das Gesetz die Umgestaltung an sich nicht als Unterfall der Unmöglichkeit der Herausgabe ansieht, und die Redhibition der umgestalteten Sache nur aus dem Grunde unterbleibt, weil der Verkäufer sie nicht zurücknehmen will, so kann er auch vom Käufer nicht etwa Ersatz nach § 347 fordern.[1]) Wie Conze ferner mit Recht ausführt, kann sich der Verkäufer niemals im Annahmeverzuge befinden, da ja eine Pflicht zur Rücknahme der umgestalteten Sache für ihn nicht besteht. Der Käufer muß sich also ihm gegenüber, da er die Sache zur Umgestaltung benutzt hat, nach § 346 den Wert anrechnen lassen, den diese Umgestaltung für ihn hatte.[2])

---

[1]) übereinst. Conze S. 68.

[2]) vgl. Mot. S. 232; praktisch wird der Verkäufer wohl besser tun, wenn er die umgestaltete Sache herausverlangt.

Das Bürgerliche Gesetzbuch enthält keine Bestimmung für den Fall, daß der Wandelungsberechtigte, ohne die Sache in eine Sache anderer Art umgebildet oder verarbeitet zu haben, Verwendungen auf die Sache gemacht hat, deren Ersatz den Verkäufer unverhältnismäßig belasten würde. Es ist kein Grund vorhanden, in diesem Falle mit Oertmann[1]) den § 352 entsprechend anzuwenden und die Wandelung auszuschließen.

Wie oben dargelegt, kann der Wandelungsberechtigte nur für die auf die Sache gemachten notwendigen Verwendungen Ersatz verlangen und auch für diese nur dann, wenn die Verwendung dem Interesse und dem wirklichen oder mutmaßlichen Willen des anderen Teiles entsprochen hat oder von diesem genehmigt ist.[2]) Anderenfalls ist der Verkäufer nur verpflichtet, dasjenige, was er infolge der Verwendung erlangt hat, dem wandelnden Käufer nach den Vorschriften über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung zu erstatten (§§ 467, 346, 347, 812). Im übrigen bleibt dem Käufer das Abtrennungsrecht (jus tollendi). Dieses ist aber ausgeschlossen,[3]) wenn die Abtrennung keinen Nutzen hat oder vom Verkäufer wenigstens der Wert ersetzt wird, den der Bestandteil nach der Abtrennung für den Käufer haben würde.[4])

§ 4.

Der Einfluß der Weiterveräußerung auf das Wandelungsrecht.

Eine umfangreiche Erörterung hat in der Literatur des gemeinen wie in der des geltenden bürgerlichen Rechts

[1]) 2 zu § 352.

[2]) So auch Planck Bem. zu § 352; Staudinger 2 zu § 352.

[3]) § 997 Abs. 2; vgl. Schroeder, Gewährleistung S. 55.

[4]) vgl. Staudinger 6 zu § 352.

die Frage erfahren, ob der Käufer dadurch, daß er vor erklärter Wandelung in Kenntnis des Mangels oder nach erklärter, aber noch nicht vollzogener Wandelung die Sache weiter gebraucht oder darüber verfügt, den Wandelungsanspruch verwirkt. Die die Frage behandelnden Kommentare neigen hierbei mehr oder weniger zu einer unangebrachten Verallgemeinerung.[1])

Staub ist der Meinung,[2]) daß der Käufer dadurch seines Wandelungsrechts verlustig geht, daß er mit der Sache in einer Weise verfährt, welche auf den Willen, sie behalten zu wollen, schließen läßt,[3]) so z. B. wenn er die Sache in Kenntnis des Mangels veräußert.

Eine unangefochtene Geltung kam diesem Satz weder in der Dogmatik und Praxis des gemeinen Rechts zu noch wird er allgemein für das heutige Recht anerkannt. So wenden sich Goldmann-Lilienthal (S. 502) und Oertmann (1e zu § 467) mit Recht gegen Staub. Goldmann und Lilienthal sagen, die bloße Veräußerung der Sache, mit oder ohne Kenntnis des Mangels hindere die Wandelung nicht. Komme der Käufer seiner Verpflichtung, die Sache zurückzugeben, nicht nach, so finde § 354 Anwendung: Bei Verzug des Käufers mit der Rückgewähr kann der Verkäufer jenem eine Frist setzen, mit deren fruchtlosem Ablauf die Wandelung unwirksam wird.

Auch Oertmann und Conze (S. 79) lassen dem Käufer im Fall der Weiterveräußerung das Recht der Wandelung prinzipiell unbenommen.

Mit Recht betont Conze (S. 70) auch hierbei, daß das Bürgerliche Gesetzbuch vom Grundsatz der Wirtschaft-

---

[1]) vgl. auch Zeiler in JW. 1908 S. 292.

[2]) Art. 54 zu § 377.

[3]) So auch Staudinger IIc zu § 467.

lichkeit ausgehe und gegebenenfalls eine Veräußerung als wirtschaftliche und daher kein Verschulden des Käufers begründende Handlung ansehe. Außerdem sei entscheidend die stets vorhandene Möglichkeit späteren Rückerwerbes der Sache.

Die Richtigkeit des Satzes, daß eine rechtsgeschäftliche Verfügung über den empfangenen Gegenstand dem Berechtigten an sich keineswegs die Rücktritts- oder Wandelungsbefugnis entziehe, ergibt sich aus der Entstehungsgeschichte wie aus dem Wortlaut des Gesetzes.[1])

Wir betrachten zuerst den wichtigsten Fall, die Veräußerung vor vollzogener Wandelung.

Schon der 1. Entwurf ließ im § 430 den Rücktritt nicht durch die Veräußerung des empfangenen Gegenstandes an sich ausgeschlossen werden, sondern erst dadurch, daß der Berechtigte ihn deshalb nicht zurückgeben kann, weil er über ihn verfügt hat. Der 2. Entwurf bestätigte dies zunächst ohne wesentliche Änderung. In den späteren Stadien der Beratung wurde zwar der Antrag[2]) gestellt, das Rücktrittsrecht durch die Veräußerung des Gegenstandes ausgeschlossen werden zu lassen, von der Mehrheit aber dieser Antrag abgelehnt und nur beschlossen, der Redaktionskommission die Feststellung eines den Entwurf verdeutlichenden Wortlauts zu übertragen. Das Ergebnis war kein direktes, sondern der § 349, im Gesetz § 354,[3]) mit dem man somit in erster Linie den nach den Entwürfen bisher zweifelhaft gebliebenen Zeitpunkt festlegen wollte, wann die für den Ausschluß des Rücktritts

[1]) Auch Sternberg folgert aus § 353, daß die Veräußerung dem Rücktritt (der Wandelung) nicht unbedingt entgegensteht (JW. 1903 S. 623).

[2]) Prot. Bd. 6 S. 160; vgl. Oertmann in DJZ. 1905 S. 517/18.

[3]) Prot. Bd. 6 S. 384; vgl. Siegel in JW. 1906 S. 802/03.

zur Voraussetzung gemachte Unmöglichkeit der Rückgewähr als vorliegend anzusehen sei.[1])

Trotz Veräußerung des empfangenen Gegenstandes soll also der Berechtigte nach der Absicht der Redaktoren die Rücktrittserklärung wirksam vornehmen können. Nur kann der Gegner ihm, wenn er nunmehr den veräußerten Gegenstand zurückzuerwerben und zurückzugewähren nicht in der Lage ist, eine angemessene Frist zur Rückgewähr stellen, nach deren fruchtlosem Ablauf der erklärte Rücktritt (die Wandelung) unwirksam wird.

Das obige Ergebnis steht auch im Einklang mit dem sonstigen Wortlaut der gesetzlichen Vorschriften. Nach § 353 in Verb. mit § 351 wird der Rücktritt im Fall der Veräußerung des empfangenen Gegenstandes ausgeschlossen, wenn der Drittempfänger seinen Untergang oder die Unmöglichkeit der Herausgabe verschuldet hat. Also nicht auch durch den beim Dritterwerber unverschuldet eingetretenen Untergang des Gegenstandes. Ebensowenig aber dadurch, daß der Dritte die Zurückgabe des Erlangten an den Rücktrittsberechtigten weigert.[2]) Einmal wäre es an sich mißlich, darin ein wahre, objektive Unmöglichkeit der Herausgabe zu erblicken, und wenn die Weigerung schon eine solche begründen sollte, so doch keinesfalls eine vom Dritterwerber verschuldete. Denn da er den Gegenstand ex justa causa an sich gebracht hat, ist es sein gutes Recht, ihn behalten zu wollen; das Verhältnis zwischen den beim Rücktrittsrecht (Wandelung) beteiligten Parteien geht ihn überhaupt nichts an.[3])

---

[1]) § 354 ist entstanden in Anlehnung an § 326; vgl. auch Staudinger 1 zu § 354.

[2]) übereinst. Siegel S. 803; and. A. Sternberg S. 624.

[3]) So auch Oertmann a. a. O. S. 518.

Weiter ist die Veräußerung an sich in keiner Weise geeignet, die Rückgabe zu hindern. Sie bewirkt keine objektive Unmöglichkeit derselben; denn es ist für den Rücktretenden fortan höchstens die ihm subjektiv mangelnde Besitz- und Verfügungsgewalt, welche die Herausgabe hindert;[1]) ein anderer, bei dem dieser subjektive Mangel nicht obwaltet, würde dazu imstande sein. Aber auch nicht einmal ein endgültiges subjektives Unvermögen liegt vor. Denn nichts schließt die rechtliche Möglichkeit aus, daß der Rücktrittsberechtigte bis zum Zeitpunkt der Rücktrittserklärung den veräußerten Gegenstand vom Dritterwerber wieder zurückerlangt hat.[2])

Nur wenn das nicht zutrifft, kann beim Rücktretenden im Momente seiner Erklärung von einem Unvermögen die Rede sein. Aber ein solches ist nach den Grundsätzen des gemeinen wie des heutigen bürgerlichen Rechts unerheblich. § 306 läßt die Entstehung des Schuldverhältnisses durch Vertrag[3]) nur bei anfänglicher objektiver[4]) Leistungsunmöglichkeit ausgeschlossen werden. Diese Vorschrift nun darf nicht im Wege der Analogie auf den Fall eines bloßen subjektiven Unvermögens ausgedehnt werden. Dies beweist der scharfe Gegensatz, den das Gesetz grundsätzlich im § 275 zwischen Unmöglichkeit und Unvermögen aufstellt. Das ist für unseren Fall um so weniger zweifellos, als das Unvermögen hier kein end-

---

[1]) vgl. Staudinger 2 zu § 354; Oertmann a. a. O.

[2]) So im Ergebnis auch Cosack S. 512; Enneccerus S. 107; Dernburg S. 78; Rehbein S. 251; Matthiaß S. 224; Siegel S. 802.

[3]) Und der Vertrag wird praktisch die regelmäßige Form der Vollziehung der Wandelung sein.

[4]) So die herrschende Meinung, abweichend Krückmann im ArchZivPrax. Bd. 101 S. 70ff.; vgl. auch Staudinger 1 zu § 306.

gültiges ist. Denn auch nach der Rücktrittserklärung bleibt für den Berechtigten die vielleicht tatsächlich schwierige, aber rechtlich nicht beschränkte Eventualität, die ihm zur Zeit noch unmögliche Leistung durch rechtzeitigen Rückerwerb des veräußerten Gegenstandes wieder möglich zu machen.[1])

Mit Recht weist Oertmann auf die Konsequenzen einer gegenteiligen Auffassung hin: stellte der Nichtbesitz des Vertragsgegenstandes (oder die mangelnde Berechtigung daran) eine wahre Unmöglichkeit der Leistung dar, so müßte der Vertrag nach § 306 nichtig sein.

Praktisch weniger wichtig ist der Fall der Veräußerung nach vollzogener Wandelung. Auch hier wird der Rücktritt trotz Veräußerung wie in dem ersten Falle nicht ausgeschlossen, also nicht ohne weiteres nachträglich unwirksam. Aber hier verbleibt dem Gegner das Recht der Fristsetzung gemäß § 354. Allerdings setzt dieser Paragraph einen Verzug des Rücktretenden voraus, und ein solcher ist ausgeschlossen, wenn die Leistung infolge eines Umstandes unterbleibt, den der Schuldner nicht zu vertreten hat.[2]) Und zu solchen nicht zu vertretenden Umständen gehört nach § 275 Abs. 2 das nachträglich eingetretene subjektive Unvermögen zur Leistung, sofern es unverschuldet ist. Die Veräußerung der Sache nach vollzogener Wandelung würde also, soweit sie ein endgültiges Unvermögen des Schuldners zur Rückgabe herbeiführt, den Verzug und damit die Anwendbarkeit des § 354 auszuschließen geeignet sein. Allerdings muß hier der Käufer den schweren Beweis erbringen, einmal, daß

---

[1]) So auch Conze S. 72; Oertmann a. a. O.; Siegel S. 802; Staudinger 1 zu § 353.

[2]) vgl. Oertmann a. a. O. S. 522; s. auch § 285 BGB.

die Veräußerung nicht als verschuldet anzusehen, zum anderen, daß durch sie wegen Untunlichkeit des Rückerwerbs die Herausgabe der Sache an den Verkäufer ausgeschlossen sei. Erbringt der Käufer diesen Beweis nicht, so kann der Verkäufer sowohl nach § 354 die Wandelung unwirksam machen, als auch nach Wahl den Käufer auf Rücklieferung oder wegen vertretbarer Unmöglichmachung einer infolge Wandelung entstandenen Verpflichtung auf Schadensersatz in Anspruch nehmen.[1]

Erbringt der Käufer aber jenen Beweis, so behält es bei der Wandelung sein Bewenden. Da nach § 348 auf die sich aus dem Rücktritt ergebenden Verpflichtungen nicht das ganze Recht der gegenseitigen Verträge für anwendbar erklärt wird, sondern nur die §§ 320, 322, nicht auch der § 323,[2] so kann das den Käufer befreiende Unvermögen zur Rückerstattung ihm seinen Anspruch aus der Wandelung nicht nehmen. Selbstverständlich kann aber der Verkäufer vom Käufer nach § 281[3] das durch Veräußerung Erlangte herausverlangen und diesen Gegenanspruch zur entsprechenden Höhe gegen den Rückforderungsanspruch des Käufers aufrechnen.

Im allgemeinen stimmt Zeiler (S. 292) mit unseren Ergebnissen überein. Auch er geht von dem richtigen Satze aus, daß nach der gesetzlichen Regelung des Wandelungsrechts die Wandelung nicht dadurch ausgeschlossen wird, daß der Käufer über die Sache durch Weiterveräußerung verfügt. Die Wandelung bleibt trotzdem möglich, solange nur die Sache selbst noch existiert

---

[1]) vgl. Conze S. 78, 79; Oertmann a. a. O.; Riezler S. 154, 155.

[2]) s. oben; vgl. auch Staudinger Anm. zu § 348; Oertmann Komm. 4 zu § 348.

[3]) s. hierüber die eingehenden Ausführungen von Kisch S. 198 ff.

und nicht in einer von den §§ 351, 352/53 betroffenen Weise untergegangen, verschlechtert oder umgestaltet ist. Danach bewirkt die Weiterveräußerung allein, d. h. ohne daß einer der im § 353 erwähnten Umstände dazutritt, nach der gesetzlichen Regelung den Verlust des Wandelungsrechts selbst dann nicht, wenn der Käufer in Kenntnis des Mangels oder in fahrlässiger Unkenntnis des Mangels und damit des Wandelungsrechts gehandelt hat.

Zeiler (S. 293) ist der Meinung, daß in der Weiterveräußerung nicht ohne weiteres ein „Verzicht" auf die Wandelung zu erblicken sei, daß vielmehr die Frage, ob dies anzunehmen sei, Frage sorgfältigster Auslegung im einzelnen Falle sein müsse.

Im Ergebnis stimmen wir hiermit überein.[1]) Es handelt sich hierbei weniger um eine Frage der Logik als um eine solche der Interessenwägung[2]) an der Hand der besonderen Umstände des Einzelfalles.

Zeiler erklärt es trotz der gesetzlichen Regelung für möglich, daß der Wandelungsanspruch untergegangen ist: nämlich dann, wenn der Käufer darauf verzichtet hat. Dieser Verzicht könne aus der Weiterveräußerung geschlossen werden. Dieser Auffassung war schon vielfach, wie oben S. 61 ff. ausgeführt, die Praxis des gemeinen Rechts. Auch das Reichsgericht (Bd. 54 S. 80) vertritt[3]) die Meinung, „daß nach Treu und Glauben im Verkehr der Käufer, der sich selbst durch einen Weiterverkauf mit der Dispositionsstellung in Widerspruch setzt, sich so behandeln lassen müsse, als habe er auf das Recht, die Empfangnahme der Ware abzulehnen, verzichtet und die

---

[1]) Über die Verzichtstheorie s. unten.

[2]) s. oben; vgl. Riezler S. 156.

[3]) Auch für das heutige Recht.

Ware als eine von vornherein vertragsmäßig beschaffene übernommen". Im übrigen ist die Auffassung des Reichsgerichts schwankend. In anderen Entscheidungen [1]) spricht es nicht so vorsichtig wie hier („er muß sich so behandeln lassen, als habe er verzichtet"), sondern direkt von „Verzicht".

Auch Zeiler folgt der Verzichtstheorie. Er will mit Recht, wie schon erwähnt, außer der Weiterveräußerung als einer konkludenten Handlung auch alle anderen Umstände des Falles berücksichtigt wissen. Regelmäßig nun, so meint Zeiler, mag die Weiterveräußerung den Schluß auf den Willen des Berechtigten zulassen, daß er auf den Wandelungsanspruch verzichte, insbesondere wenn unter solchen Umständen weiterveräußert wird, daß dem Käufer, wollte er später Wandelung verlangen, die Rückerstattung der Kaufsache nach dem gewöhnlichen Verlauf der Dinge unmöglich sein wird. Man kann mit Zeiler hier sagen: Wenn der Käufer, obwohl er weiß, daß er im Falle einer Wandelung die Sache zurückgewähren muß, gleichwohl weiter veräußert, so bringt er damit stillschweigend zum Ausdruck, daß er die Wandelung nicht geltend machen will. Und da ist dann die Annahme eines stillschweigenden Verzichts auf den Wandelungsanspruch gerechtfertigt.[2])

Zeiler erwähnt aber weiter andersgeartete Fälle und hält z. B. die Annahme eines Verzichts dann für ausgeschlossen, wenn der Käufer sich bei der Weiterveräußerung seinem Abkäufer gegenüber ein Rückkaufsrecht vorbehalten hat. Aber auch dann sei die Annahme eines Verzichts unzulässig, wenn der Käufer vor oder bei

[1]) Bd. 22 S. 79, Bd. 39 S. 172.
[2]) So auch Riezler S. 158; anders Oertmann s. oben.

der Weiterveräußerung dem Abkäufer erklärt, er wolle sich durch die Weiterveräußerung seines Wandelungsrechts nicht begeben, es müßten denn besondere Umstände dargetan sein, die die wörtlich erklärte Verwahrung gegen die Annahme einer Verzichtserklärung gegenüber dem tatsächlich erklärten Verzicht als bloße Scheinerklärung kennzeichnen. Dieser Auffassung müssen wir uns anschließen. Es ist richtig, für die Regel kann gegenüber der ausdrücklichen Erklärung nicht verzichten zu wollen, eine Handlung, die nur als stillschweigende Erklärung des gegenteiligen Willens gedeutet werden könnte, nicht in Betracht kommen. Der Käufer behält also in diesem Falle den Wandelungsanspruch und die tatsächliche Unmöglichkeit, die weiterveräußerte Sache herauszugeben, führt dann nicht zur Abweisung des Wandelungsanspruchs, sondern kann nur dem Wandelungsgegner in Gemäßheit des § 354 zustatten kommen oder auch insofern, als der Käufer mangels eigenen Besitzes der Sache nicht in der Lage ist, dem Verkäufer die Rückgewähr in einer den Gläubigerverzug begründenden Weise anzubieten, und damit der Möglichkeit beraubt ist, gegenüber einer Klage auf Kaufpreiszahlung die Wandelung einredeweise geltend zu machen.[1]) Hierbei müssen wir auf die von uns schon oben erörterte Auffassung von Staub (Anm. 54 zu § 377) in Kürze zurückkommen. Dieser erblickt in der Weiterveräußerung trotz Kenntnis des Mangels immer einen Grund des Rechtsverlustes. Dies müsse um so sicherer angenommen werden, als die gleiche Anschauung im § 464 zum Ausdruck gelange, da hier schon die Annahme der Sache in Kenntnis des Mangels das Wandelungsrecht ausschließe.

---

[1]) vgl. Oertmann DJZ. 1905 S. 518 u. 159; Zeiler a. a. O.

Gegen diese Ansicht wenden sich mit Recht Zeiler (a. a. O.) und Riezler (s. unten). In Übereinstimmung mit Oertmann (DJZ. 1905 S. 517 ff.) sagt ersterer, daraus, daß der Fall der Annahme einer fehlerhaften Sache in Kenntnis des Mangels eine positive Regelung im Gesetz erfahren habe, und aus dem Inhalt dieser Bestimmung könne man nicht auf eine entsprechende Auffassung des Gesetzgebers für den Fall der Weiterveräußerung schließen. Aus den übrigen in Betracht kommenden Gesetzesstellen (§§ 351 ff.) sei eben mangels ausdrücklicher anderer Vorschrift zu folgern, daß der Wandelungsanspruch so lange besteht, als die Sache noch existiert und nicht in gewisser Weise verschlechtert oder umgestaltet ist, mag sie auch vom Käufer aus in andere Hände übergegangen sein. Denn, wie wir oben gesehen haben, ist durch nichts die rechtliche Möglichkeit ausgeschlossen, daß der Käufer bis zum Zeitpunkt der Wandelung den veräußerten Gegenstand vom Dritterwerber wieder zurückerlangt hat. Für die Auslegung, daß in einer Weiterveräußerung gleichwohl ein Verzicht auf das Wandelungsrecht zu sehen sei, kann man sich nicht auf eine gesetzliche Vorschrift beziehen, die einen anderen, wenn auch ähnlichen Fall, positiv geregelt hat. Trotzdem erkennt Zeiler, wie schon gezeigt, mit Recht an, daß es oftmals im Falle der Weiterveräußerung zu einem Rechtsverlust kommen kann.

Es ist dies eben lediglich aus den Umständen des einzelnen Falles zu bestimmen. Der Grund dieses Rechtsverlustes wird von Zeiler in einem Verzicht gefunden.

Diese „Verzichtstheorie" wird nun von Riezler (S. 157) bekämpft.

Auch uns erscheint sie abwegig.

Der Grund dieses Rechtsverlustes ist besser als eine „Verwirkung"[1]) zu konstruieren. Gegen die Verzichtstheorie spricht einmal, daß ein Verzicht im Obligationenrecht nur als Vertrag zustandekommt, daß es also der Annahme der Verzichtserklärung bedarf;[2]) ferner daß, selbst wenn es einen einseitigen Verzicht gäbe, dieser doch immer einen Verzichtswillen voraussetzte. Mit Recht fragt Riezler (a. a. O. S. 158): „ist es nicht die reine Fiktion, diesen Willen aus konkludentem Verhalten zu folgern, wenn etwa der Wandelungsberechtigte bei Veräußerung trotz Kenntnis des Mangels ausdrücklich erklärt, er wolle sich damit nicht etwa des Wandelungsrechts begeben? Wenn er dieses Recht trotzdem nicht verliert, so kann nicht ein seinen Willen voraussetzender Akt, wie der Verzicht, sondern nur eine von seinem Willen unabhängige Verwirkung der Grund sein".

Zusammenfassend müssen wir mit der Praxis anerkennen, daß in einem Weiterverkauf durch den Käufer regelmäßig ein Widerspruch mit der Beanstandung liegt, sofern es sich nicht um einen durch die Umstände gebotenen Notverkauf handelt. Zwar schließt das Bürgerliche Gesetzbuch (§§ 353, 467) im Falle der Veräußerung die Wandelung nur aus, wenn derjenige, welcher den Gegenstand infolge der Verfügung erlangt hat, die Sache schuldhaft vernichtet oder verschlechtert, oder wenn er sie umgearbeitet hat. Bei dieser Sachlage wird der Rücktritt oder die Wandelung ausgeschlossen, ohne Rücksicht darauf, ob der Empfänger der Sache seine Berechtigung zum Rücktritt und den Grund dieser Berechtigung, den Mangel der Sache, gekannt hat oder nicht.

---

[1]) Als technischer Ausdruck schon in der gemeinrechtlichen Literatur.

[2]) vgl. RG. Bd. 72 S. 171.

Wir müssen jedoch nach den obigen Darlegungen hinzufügen: Damit wird aber nicht ausgeschlossen, daß über den gesetzlich normierten Fall hinaus ein eigenartiger Verwirkungsgrund darin gefunden werden kann, daß der Empfänger der Sache, nachdem er in Kenntnis ihrer Mangelhaftigkeit das Wandelungsbegehren erhoben hat, die Sache veräußert. Durch das Wort „kann gefunden werden" soll einer sorgfältigen Auslegung und eingehender Prüfung aller Tatumstände das Wort geredet werden. Denn die Frage, ob der Rechtsverlust eingetreten sei, läßt sich nicht für alle Fälle einheitlich beantworten.[1]) Vielmehr kann nur bei Würdigung aller Tatumstände von Fall zu Fall in der Veräußerung ein Grund des Rechtsverlustes gefunden werden.

Die Sternbergsche Konstruktion.

(Vgl. JW. 1906 S. 623 ff.)

Wenn auch nach Lage des einzelnen Falles durch die Weiterveräußerung ein Verlust des Wandelungsrechts eintreten kann, so müssen wir doch im Prinzip den Satz (s. oben) aufrechterhalten, daß an sich durch die Weiterveräußerung die Wandelung nicht verhindert wird.

Im Sinne des § 353 kann man auch sagen: Bei Veräußerung des empfangenen Gegenstandes ist der Rücktritt (die Wandelung) immer zulässig, sofern nicht beim Erwerber die Voraussetzungen des § 351 [2]) eingetreten sind. Diese Auslegung des Gesetzes bekämpft Sternberg. Er stellt den Satz auf, daß schon die Veräußerung allein ein Unvermögen des Käufers zur Leistung (zur Rückgewähr)

---

[1]) vgl. Riezler S. 154; Zeiler S. 293.

[2]) § 352 bedarf hier keiner Erörterung.

zur Folge hat, wenn der Dritterwerber zur Rückveräußerung nicht verpflichtet und nicht bereit ist.

Nach Sternberg ist ferner der Rücktritt im Falle der Veräußerung des empfangenen Gegenstandes durch den Berechtigten trotz (objektiver und subjektiver) Unmöglichkeit der Herausgabe nur dann zulässig, wenn die Unmöglichkeit auf einen von dem Berechtigten nicht zu vertretenden Umstand zurückzuführen ist, der auch dann eingetreten wäre, wenn der Berechtigte den Gegenstand nicht veräußert hätte. In jedem anderen Falle der Veräußerung, sofern er die Unmöglichkeit der Herausgabe zur Folge habe, sei der Rücktritt ausgeschlossen, sei es, daß der Erwerber mit Recht oder zu Unrecht die Rückveräußerung verweigere oder auch die Herausgabe objektiv unmöglich mache.

Betrachten wir nun den Weg, auf dem Sternberg zu den obigen Resultaten gelangt. Sternberg argumentiert folgendermaßen: Nach § 351 ist der Rücktritt ausgeschlossen, wenn der Berechtigte eine wesentliche Verschlechterung den Untergang oder die anderweitige Unmöglichkeit der Herausgabe des empfangenen Gegenstandes verschuldet hat, wobei das von dem Berechtigten nach § 278 zu vertretende Verschulden eines anderen dem eigenen Verschulden des Berechtigten gleichsteht. Damit ist als Grundsatz aufgestellt, daß eine durch den Berechtigten verschuldete Unmöglichkeit der Herausgabe des empfangenen Gegenstandes den Rücktritt ausschließen soll.

Sternberg wirft nun die Fragen auf: Was ist unter der anderweitigen Unmöglichkeit im § 351 zu verstehen? Umfaßt die anderweitige Unmöglichkeit nur die objektive Unmöglichkeit, oder auch die subjektive Unmöglichkeit, welch letztere das Gesetz als „Unvermögen" des Schuldners zur Leistung bezeichnet?

Sternberg bejaht die zweite Alternative, und zwar aus dem Zwecke der Bestimmung des § 353. Man könne nicht annehmen, daß der Berechtigte nur dann das Recht zum Rücktritt verlieren solle, wenn er die Rückgewähr des empfangenen Gegenstandes objektiv unmöglich mache, während es ihm nicht schaden solle, wenn er, ohne die Herausgabe objektiv unmöglich zu machen, sich schuldhaft zur Herausgabe außerstand setze.

Ferner weist Sternberg darauf hin, daß die Haftung des Schuldners, dem die Herausgabe eines bestimmten Gegenstandes unmöglich wird, sich infolge Verweisung (§§ 292, 347) nach § 989 regelt. Hiernach ist der Besitzer dem Eigentümer von dem Eintritt der Rechtshängigkeit an für den Schaden verantwortlich, der dadurch entsteht, daß infolge Verschuldens die Sache verschlechtert wird, untergeht oder aus einem anderen Grunde von ihm nicht herausgegeben werden kann. Daraus folgert Sternberg, überall da, wo das Gesetz von anderweitiger oder aus einem anderen Grunde eintretender Unmöglichkeit spreche, wolle es nicht nur die objektive Unmöglichkeit, sondern auch das Unvermögen des Schuldners zur Leistung treffen.

Die an den Anfang dieses Kapitels gestellte Auslegung hält Sternberg nun aus folgendem Grunde für unrichtig. Die Veräußerung des empfangenen Gegenstandes habe nicht immer das Unvermögen des Schuldners zur Leistung im Gefolge; so z. B. in dem Falle nicht,[1] wenn der Erwerber verpflichtet ist, unter gewissen Umständen dem Veräußerer die Sache zurückzuveräußern. Dagegen liege Unvermögen des Schuldners zur Leistung dann vor, wenn der Erwerber zur Rückveräußerung nicht

---

[1]) vgl. RG. Bd. 47 S. 300.

verpflichtet und nicht bereit sei, insbesondere auch, wenn der Gegenstand im Wege der Zwangsvollstreckung in den Besitz derjenigen Person gelangt sei, der gegenüber der Rücktritt ausgeübt werden solle.[1])

Sternberg sucht weiter die zwischen §§ 353 u. 351 bestehenden Beziehungen festzustellen und kommt zu dem Schlusse, § 353 wolle nicht die Regel des § 351 durchbrechen, sondern nur in einer gewissen Hinsicht ergänzen, und deshalb beschränkte sich seine Anwendung auf diejenigen Fälle, in denen trotz Veräußerung des empfangenen Gegenstandes der Berechtigte zur Herausgabe imstande bleibt. Daher sei dann, wenn schon mit der Veräußerung die Unmöglichkeit der Herausgabe eingetreten sei, die Zulässigkeit des Rücktritts ausschließlich nach § 351 zu beurteilen. Es komme nun darauf an, ob der Berechtigte die Unmöglichkeit zu vertreten habe oder nicht.

Im Gegensatz zum Reichsgericht,[2]) welches diese Prüfung nach Lage der Sache im einzelnen Falle vornehmen will, vertritt Sternberg den Standpunkt, der Berechtigte müsse nach allgemeinen Grundsätzen die Veräußerung in jedem Falle vertreten. Im einzelnen Falle müsse zunächst untersucht werden, ob schon durch die Veräußerung die Unmöglichkeit der Herausgabe des empfangenen Gegenstandes herbeigeführt worden ist. Treffe dies zu, so sei der Rücktritt nach § 351 in jedem Falle ohne Rücksicht auf ein Verschulden des Berechtigten ausgeschlossen. Anderenfalls sei der Rücktritt gemäß § 353 nur dann ausgeschlossen, wenn der Erwerber die Unmöglichkeit der Herausgabe verschuldet habe.

---

[1]) vgl. RG. Bd. 31 S. 184, Bd. 47 S. 303, Bd. 52 S. 95.

[2]) JW. 1904 S. 140. So auch die herrschende Meinung.

Bei Beurteilung der Frage, ob den Erwerber ein — nach dem § 353 vom Veräußererer zu vertretendes — Verschulden treffe, sei jedoch zu berücksichtigen, daß der Erwerber als Eigentümer regelmäßig über die erworbene Sache frei verfügen könne. Von einem Verschulden könne bei ihm nur die Rede sein, wenn ihm auf Grund eines fremden dinglichen Rechts an der Sache oder eines obligatorischen Rechtsverhältnisses eine besondere Bewahrungspflicht[1]) obliege, was in den seltensten Fällen zutreffen werde.

Sternberg sagt (S. 624): „Wir kämen danach zu dem merkwürdigen Ergebnis, daß der Rücktritt unzulässig ist, wenn der Erwerber — immer vorausgesetzt, daß er zur Rückgewähr der erworbenen Sache nicht verpflichtet ist — die Rückveräußerung verweigert, (weil ja die Veräußerung als Ursache der Unmöglichkeit der Herausgabe immer vom Berechtigten zu vertreten ist); dagegen zulässig ist, wenn der Erwerber die Sache vernichtet (weil ihm als Eigentümer das Recht dazu zusteht, ihn also ein vom Veräußerer zu vertretendes Verschulden nicht trifft)“. Sternberg gibt selbst zu, daß dieses Ergebnis auf einem Trugschluß beruht. Es sei zu beachten, daß schon die Veräußerung allein ein Unvermögen des Schuldners zur Leistung zur Folge habe, wenn der Erwerber zur Rückveräußerung nicht verpflichtet und nicht bereit sei. Deshalb sei es gleichgültig, ob der Erwerber nachher in Ausübung seines Eigentumsrechts die Herausgabe auch noch objektiv unmöglich mache. Es komme daher nicht § 350 in diesem Falle zur Anwendung — nach welchem der zufällige Untergang des empfangenen Gegenstandes den Rücktritt nicht aus-

---

[1]) vgl. RG. in JW. 1904 S. 140.

schließt —, sondern der Rücktritt sei schon mit der Veräußerung nach § 351 ausgeschlossen, da der Berechtigte das mit der Veräußerung eingetretene ursprüngliche Unvermögen zur Leistung zu vertreten habe.

So gelangt Sternberg zu dem Ergebnis: Der Rücktritt ist im Falle einer Weiterveräußerung trotz objektiver und subjektiver Unmöglichkeit der Herausgabe nur dann zulässig, wenn die Unmöglichkeit auf einem von dem Berechtigten nicht zu vertretenden Umstand zurückzuführen ist, der auch dann eingetreten wäre, wenn der Berechtigte den Gegenstand nicht veräußert hätte.

Den Sternbergschen Ausführungen können wir uns nicht anschließen. Sie enthalten eine Konstruktion, die nicht auf dem geltenden Recht basiert.

Zunächst steht der Sternbergschen Auslegung des § 351 die streng durchgeführte Terminologie des Bürgerlichen Gesetzbuches entgegen. Diese unterscheidet scharf zwischen Unmöglichkeit und „Unvermögen". Diese Terminologie wird auch in § 351 nicht durchbrochen.[1]) Aus dem Ausdruck „anderweitige Unmöglichkeit" darf nicht geschlossen werden, daß hier der Begriff der Unmöglichkeit den des Unvermögens umfassen soll. Die „anderweitige Unmöglichkeit" steht im § 351 neben Verschlechterung, Untergang, also sämtlich objektive Unmöglichkeitsfälle. Es ist der Begriff der Unmöglichkeit überhaupt nicht etwa der weitere, der eine objektive und subjektive Unmöglichkeit (Unvermögen) umschließt, sondern die Unmöglichkeit ist immer als „objektive" gedacht, d. h. als absolute.

---

[1]) vgl. Siegel in JW. 1906 S. 812.

Eine subjektive Unmöglichkeit, also eine relative, ist eben überhaupt keine Unmöglichkeit. Die Terminologie des Gesetzes ist hier sprachlich durchaus richtig.[1])

Das ernsteste Argument, das Sternberg bringt, könnte in der Verweisung auf § 989 liegen: Es hat nach Siegel in der Tat „etwas Bestechendes", zu argumentieren, § 347 verweist auf § 989, § 989 enthält den Fall, daß der Besitzer aus irgendeinem Grunde, also auch, weil er sie veräußert habe, nicht herausgeben kann, also muß auch in § 347 die „anderweitige Unmöglichkeit" den Fall der Veräußerung in sich schließen.

Allein die Sache liegt anders. Es handelt sich bei vorliegender Frage nicht um Schadensersatz — diesen behandelt § 347 —, sondern um die allgemeinen Bedingungen des Rücktritts (der Wandelung). Zudem bestimmt § 347, die Haftung solle bereits vom Zeitpunkt des Empfanges der Leistung an eintreten. Von da aber soll die Haftung dieselbe sein wie die im § 989 festgesetzte. Eine eintretende Unmöglichkeit, selbst vor der Rücktrittserklärung, ist also, da die Haftung schon seit Vertragsabschluß besteht, immer eine nachträgliche Unmöglichkeit. Dieser steht aber das nachträglich eintretende Unvermögen gleich durch ausdrückliche Bestimmung des § 275. Die faktische Übereinstimmung mit § 989 wird also durch § 275 erzielt; es ist ganz unnötig, im § 347 das Wort Unmöglichkeit anders aufzufassen als sonst, und § 347 kann also nicht zum Beweise für eine Durchbrechung der ständigen Terminologie des Gesetzes verwendet werden.

Aber auch materiell würde es gegen das Gesetz verstoßen, bei einem Unvermögen, das infolge von Ver-

---

[1]) So auch Siegel a. a. O.

äußerung Platz greift, den Rücktritt auszuschließen. Bei der Unmöglichkeit ist die Ausübung des Rücktrittsrechts sinnlos.[1]) Man müßte sich dabei ja zu etwas Unmöglichen verpflichten. Beim Unvermögen dagegen besteht theoretisch immer die Möglichkeit, das Unvermögen zu beheben. Denn rein begrifflich kann man in keinem Augenblick sagen, der Schuldner könne nicht noch in die Lage kommen, sich den Gegenstand wiederzuverschaffen.[2]) Nur wenn man diesen Gedanken im Auge behält, ergibt § 354 einen befriedigenden Sinn. Da theoretisch nicht abzusehen ist, ob nicht das Unvermögen behoben werden kann, muß praktisch ein Zeitpunkt fixiert werden, bis zu welchem dem Schuldner aufgegeben wird, das Unvermögen zu beheben. So gliedert sich die Fristsetzung in das System des Rücktrittsrechts ein.[3])

Ferner widerspricht der Standpunkt Sternbergs überhaupt den Grundanschauungen des Gesetzes. § 306 stellt den Satz auf, daß ein auf eine unmögliche Leistung gerichteter Vertrag nichtig sei. Daß das von vornherein bestehende Unvermögen der von vornherein bestehenden Unmöglichkeit gleichstehe, ist im Gegensatz zum Falle des nachträglich eintretenden Unvermögens (§ 275) zu verneinen. Das sind die Anschauungen des Gesetzes über Unmöglichkeit und Unvermögen. Freilich spricht das Bürgerliche Gesetzbuch nur von Unmöglichkeit bei Leistungen aus Verträgen.[4])

---

[1]) vgl. Siegel a. a. O.

[2]) s. oben S. 64.

[3]) vgl. Planck 2 zu § 354; Schollmeyer 2 zu § 354; Staudinger 2, 3 zu § 354.

[4]) Der Deutlichkeit wegen müssen wir hier uns wiederholen (vgl. S. 48).

Denn es geht davon aus, daß eine Leistung ex lege nicht auf etwas Unmögliches gerichtet sein kann.

Würden nun aber beim Rücktrittsrecht die Bestimmungen der §§ 350 ff. fehlen, dann könnte der Fall eintreten, daß eine obligatio ex lege nicht auf etwas von vornherein Unmögliches gerichtet wäre. Die §§ 350 ff. sind also als notwendige ergänzende Regelung einer speziellen obligatio ex lege gedacht, und zwar als Korrelat zu §§ 306 ff., welche die obligatio ex contractu betreffen. Man wird nun annehmen müssen, daß die §§ 350 ff. die nämlichen Grundgedanken wie die §§ 306 ff. enthalten und nur aus zwingenden Gründen das sonstige System durchbrechen.[1])

In der Tat entspricht der § 351 mit § 352 dem § 306. Wie in § 306 ein Vertrag nichtig ist, der auf Unmögliches gerichtet ist, so ist der Rücktritt ausgeschlossen, falls er die Verpflichtung zu einer unmöglichen Leistung begründen sollte.

Der § 350 stellt eine Ausnahme vom sonstigen System dar, die aber wohl begründet ist.[2]) Von einem Ausschlusse des Rücktritts beim Unvermögen kann hier so wenig die Rede sein, wie etwa ein Vertrag bei Unvermögen zur Zeit des Vertragsabschlusses nichtig ist. Dieser Standpunkt führt auch zu einer ungezwungenen Auslegung des § 353. Wer diesen unbefangen betrachtet, wird keinen Zweifel hegen, daß der § 353 von der Voraussetzung ausgeht, eine Veräußerung bewirke keine Unmöglichkeit.

---

[1]) vgl. Oertmann, Komm. 1 zu § 306; Staudinger 1 zu § 306.

[2]) s. oben S. 42, 49.

Um hier nun ergänzend einzugreifen, ist gewissermaßen die Vertretungspflicht des Rücktrittsberechtigten über den Personenkreis des § 278 ausgedehnt. Hierfür spricht auch die Entstehungsgeschichte des § 353.[1])

Sternberg zieht selbst die notwendige Konsequenz aus seiner Ansicht mit dem Satze: „Der Rücktritt wird durch eine die Unmöglichkeit der Herausgabe (Unvermögen gemeint) herbeiführende Veräußerung . . . unzulässig, ohne Rücksicht, ob der Berechtigte schuldhaft . . . gehandelt hat". Diese Konsequenz aber hat das Gesetz nicht gewollt: die §§ 351, 353 u. 354 setzen immer eine Schuld voraus; erst wo ein Verschulden vorliegt, ist der Rücktritt ausgeschlossen. Dagegen führen Sternbergs Erörterungen zu dem Schlusse, daß bei einer jeden Veräußerung, welche die Herausgabe nicht ermöglicht, der Rücktritt ausgeschlossen sein soll. Warum soll hier ganz singulär das Rücktrittsrecht ohne Verschulden untergehen? Daß etwa in der Veräußerung an sich ein schuldhaftes Verhalten liege, ist, wie oben dargelegt, nicht anzunehmen. Das Gegenteil ergibt sich aus dem Gesetz. Endlich verstößt auch die Folgerung, der Sternberg am Ende seiner Ausführungen zieht, gegen den Standpunkt des Gesetzes. Nach Sternberg ist der Rücktritt ferner ausgeschlossen, wenn der Erwerber zu Unrecht die Rückgabe an den Berechtigten verweigert. Also, selbst wenn der Rücktrittsberechtigte vertragsmäßig vom Erwerber die Sache verlangen kann, darf er nach Sternberg nicht zurücktreten und sich dann etwa klageweise die Sache verschaffen. Nach unserer Auffassung steht aber gerade hier das Gesetz auf dem Standpunkt, daß er zurücktreten kann, und erst,

---

[1]) s. oben S. 63.

wenn er mit der Rückgewähr in Verzug kommt, hat der Gegner das Recht der Fristsetzung (§ 354).

So dürfte sich ergeben haben, daß die interessante Konstruktion Sternbergs eben eine Konstruktion ist, die aber nicht auf dem geltenden Recht beruht. Sternberg ist offenbar zu seinem Standpunkte aus Billigkeitserwägungen gekommen, da ihm die Auffassung der herrschenden Lehre teilweise unbillig erscheint. Dem können wir nicht beipflichten. Wir halten die hier vertretene Auffassung nicht nur für die dem Gesetz entsprechende, sondern auch für die billigere. Doch kann man über diesen Punkt natürlich geteilter Meinung sein.

Einfluß des Weitergebrauchs auf das Wandelungsrecht.

Auch diese Frage wird häufig in der Literatur [1]) und Praxis so entschieden, daß in einem Weitergebrauchen des gekauften Gegenstandes nach der Beanstandung ein Grund für den Verlust des Wandelungsrechts gefunden wird. Allein in dieser Allgemeinheit halten wir den Satz nicht für richtig, es muß vielmehr eine Prüfung aller Tatumstände stattfinden und diese muß ergeben, daß der Käufer den Willen hat, die Sache endgültig zu behalten, oder seine Handlungen müssen so beschaffen sein, daß man darin nach Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte einen Grund für die Verwirkung des Wandelungsrechts erblicken muß.

---

[1]) vgl. Staudinger II, 1 d zu § 467; insbesondere steht das RG. auf diesem Standpunkt (RG. Bd. 54 S. 80 ff.).

Der Erwerber, der die Sache einmal angenommen hat, ist natürlich ihr Eigentümer [1]) und bleibt es bis zur erfolgten Rückübertragung, und er kann als Eigentümer trotz der Beanstandung mit der Sache bis dahin verfahren, wie er will; von irgendwelcher Verfügungsbeschränkung ist keine Rede. Der Veräußerer hat auch keinen Anspruch gegen ihn, daß er die Sache nach der Beanstandung nicht weiter gebrauche oder nicht über sie verfüge, kann also auch nicht aus obligatorischem Gesichtspunkt gegen ihn auf Unterlassung klagen. An der Rechtmäßigkeit der Gebrauchshandlungen kann kein Zweifel sein.

Als Argument, welches gegen diese Meinung etwa verwendet werden könnte, muß der § 464 auch hier [2]) abgelehnt werden. Man kann nicht sagen, wenn schon die vorbehaltlose Annahme den Rechtsverlust zur Folge habe, so habe sie erst recht der vorbehaltlose Gebrauch. Denn der Gebrauch der einmal angenommenen Sache trotz Kenntnis ihrer von ihm nachträglich bemerkten Mangelhaftigkeit kann durch das Interesse des Käufers geboten und gerechtfertigt sein. Es hat z. B. ein Fabrikant eine teuere Maschine, die für seinen Betrieb unentbehrlich ist, gekauft und angenommen, dann entdeckt er an ihr einen Mangel, zeigt dies dem Veräußerer an, gebraucht die Maschine aber trotzdem zunächst weiter, weil er eine andere nicht sofort beschaffen kann und sich sagt, daß er bis zur Neubeschaffung immer noch besser mit der mangelhaften Maschine arbeitet, als daß er den Betrieb stillstehen läßt.[3])

---

[1]) vgl. Riezler S. 154.

[2]) s. oben.

[3]) vgl. RG. in DJZ. 1905 S. 649; OLG. Hamburg in HansGZ. 1910 Nr. 45 S. 266/67.

In solchen und ähnlichen Fällen [1]) wäre es, wie auch das Reichsgericht anerkannt hat, höchst unbillig, wenn der Käufer sein Wandelungsrecht verloren hätte. Anders wäre natürlich zu urteilen, wenn etwa im Gebrauche zugleich ein Verbrauch oder eine Verschlechterung [2]) läge. Dann würde das Wandelungsrecht gerade so verloren gehen wie durch Spezifikation. Der Einwand des Käufers, daß er diese Folge nicht gewollt habe, wäre, wie Riezler (S. 156) treffend sagt, eine unbeachtliche protestatio facto contraria.

Da also auch dem Interesse des Käufers am fortgesetzten Gebrauch unter Umständen das Interesse des rücknahmepflichtigen Verkäufers gegenübersteht, daß die Sache durch den Gebrauch keine Verschlechterung erfährt, so gilt hier ebenso wie bei der Veräußerung (s. oben) der Grundsatz, daß es sich nicht einfach um eine Frage der Logik handelt, sondern um eine solche der Interessenwägung. Auch Riezler [3]) gelangt zu dem Ergebnis, dessen Sätze von uns zum Teil schon oben ausgesprochen sind: Der fortgesetzte Gebrauch der als mangelhaft erkannten, aber noch nicht beanstandeten, oder zwar beanstandeten, aber noch nicht den Folgen vollzogener Wandelung unterworfenen Sache hat eine Verwirkung des Wandelungsanspruchs an sich nicht zur Folge, jedenfalls dann nicht, wenn der Weitergebrauch im Interesse des Verkäufers selbst liegt oder durch ein nach den Umständen begründetes Interesse des Käufers gerechtfertigt ist. Ob ein solches Interesse des Käufers vorliegt, kann nur in Würdigung der konkreten Verhältnisse des Einzelfalls unter Berücksichtigung der Verkehrssitte entschieden werden.

---

[1]) RG. in JW. 1909 S. 685.

[2]) RG. bei Warneyer Erg.-Heft Nr. 11 S. 450.

[3]) S. 156/57.

Der Einfluß der Zwangsversteigerung auf das Wandelungsrecht.

Im Falle des Konkurses über das Vermögen des Verkäufers wird der Wandelungsanspruch gemäß § 69 KO. zu einer Geldforderung, die als solche im Konkurse geltend zu machen ist. Die vor der Konkurseröffnung rechtskräftig gewordene Entscheidung über den Grund des Anspruchs d. h. über die Berechtigung der Wandelung bleibt auch allein maßgebend für die an Stelle dieses Anspruchs tretende Geldforderung (vgl. RG. Bd. 65 S. 132).

Schon aus § 353 Abs. 2 folgt, daß die Zwangsversteigerung der Veräußerung bei unserer Frage gleichsteht. Dementsprechend beseitigt die Zwangsversteigerung als solche das Wandelungsrecht nicht. Der Grund liegt aber, wie Oertmann[1]) richtig sagt, nicht in der Eventualität der Wiederverschaffung der versteigerten Sache durch den Käufer, sondern darin, daß die Zwangsversteigerung von vornherein keine Unmöglichkeit, sondern nur Unvermögen begründet. Daher nimmt, so müssen wir folgern, die Zwangsversteigerung dem Käufer das Wandelungsrecht ohne Rücksicht auf Schuldlosigkeit niemals; er haftet aber dafür auch auf Rückerstattung der Kaufsache. Kann oder will er sie nicht zurückerwerben, so kann ihm der Verkäufer die Ausschlußfrist aus § 354 setzen, und in den Fällen, in denen der Käufer von vornherein zum Rückerwerb außerstande ist oder sich doch außerstande erklärt, haben wir die dann ja doch sicher unwirksam werdende Wandlung auch ohne den Umweg der Fristsetzung von Anfang an für unwirksam anzusehen.[2])

---

[1]) Komm. 1 e zu § 467.

[2]) So auch Oertmann a. a. O.

Diese Auffassung teilt auch das Reichsgericht in seinem Urteil v. 8. 2. 1902 (Bd. 50 S. 89), wodurch das ebenfalls auf diesem Boden stehende Erkenntnis des OLG. Hamburg v. 1. 10. 1901 [1]) bestätigt wurde. Mit Urteil v. 1. 4. 1903 (Bd. 54 Nr. 61 S. 224, 225) hat das Reichsgericht diese Auffassung preisgegeben und geht seitdem von dem Gesichtspunkte der Möglichkeit aus; es macht daher die Statthaftigkeit der Wandelung von der Schuldlosigkeit des Käufers an der Zwangsversteigerung abhängig.[2])

Das Reichsgericht hat sich diese Auffassung zu eigen gemacht bei Beurteilung des Falles, daß es gerade der Gegner selbst ist, der das Grundstück im Wege der Zwangsversteigerung wiedererstanden hat. Derselbe Senat neigt in einer weiteren Entscheidung v. 23. 1. 1904 (SeuffArch. Bd. 59 S. 179 ff.) dahin, das auf alle Fälle auszudehnen, in denen feststeht, daß der Rücktrittsberechtigte sich die Sache nicht wieder verschaffen und sie daher dem Verkäufer nicht zurückgewähren kann. Der Gegner sei „weder gewillt noch verpflichtet, die Sache dem Kläger zu dem Zwecke, daß er seine Gewährleistungsklage besser durchführen könne, zurückzugeben". Würde das zunächst anzuwendende Sondergesetz, der § 353, eine unmittelbare Herausgabe seitens des Dritten an den Gewährleistungsbeklagten voraussetzen, so wäre das ohne weiteres klar: „Denn der Dritte und Wandelungsbeklagte sind hier in einer Person vereinigt, und es ist rechtlich unmöglich, daß man an sich selbst eine Sache herausgibt".

Allerdings sei es auch in dem vorliegenden Falle denkbar, „daß der Kläger allenfalls mit großen Opfern,

---

[1]) vgl. SeuffArch. Bd. 57 Nr. 145 S. 264.

[2]) vgl. Bd. 59 S. 93.

die mindestens das von ihm mit der Klage Geforderte nebst Kosten aufwiegen, die Sache vom Beklagten zurückerwerben könnte, um sie ihm dann Zug um Zug gegen Leistung der Klageansprüche abermals auszuhändigen; aber die Möglichkeit einer derartigen widersinnigen Sachbehandlung muß vernünftigerweise und nach dem Sinne des Gesetzes der Unmöglichkeit ihrer Durchführung gleichgesetzt werden". Es hänge unter diesen Umständen sowohl nach § 353 als auch nach § 351 lediglich von dem Verschulden oder Nichtverschulden des Klägers an der Zwangsversteigerung ab, ob er zur Gewährleistungsklage überhaupt berechtigt sei oder nicht.

Diese Auffassung des Reichsgerichts erscheint uns abwegig. Es dürfte verfehlt sein, wenn das Reichsgericht in der, sei es rechtlichen, sei es auch, soweit sie erweislich feststeht, nur tatsächlichen Unmöglichkeit für den Rücktrittsberechtigten, sich die zwangsversteigerte Sache wiederzuverschaffen, eine nach §§ 351, 353 zu beurteilende wahre Unmöglichkeit der Rückleistung an den Rücktrittsgegner erblickt. Eine solche würde nach den bezeichneten Vorschriften als unverschuldete das Rücktrittsrecht bestehen lassen, also dem Rücktrittsberechtigten den Rücktritt und damit den Anspruch auf Rückgewähr der Gegenleistung offenhalten.[1])

Zu dieser offenbar innerlich völlig unmöglichen Konsequenz müßte man, dem Reichsgericht folgend, gelangen.

Wenn schon z. B. von Rehbein der Fortbestand des Rücktrittsrechts trotz Untergangs der Sache nicht ganz mit Unrecht als sehr „bedenkliche Vorschrift" getadelt wird (vgl. Rehbein Bd. 3 S. 250), so ließ diese

---

[1]) Übereinst. Oertmann in DJZ. 1905 S. 519.

sich doch dadurch rechtfertigen, daß der Untergang der Sache dem Berechtigten in der Regel wenigstens kein Äquivalent gebracht haben wird, so daß seine Wirkungslosigkeit für das Rücktrittsrecht nichts weiter bedeutet, als daß dem Gegner die Gefahr seiner Leistung (Rehbein a. a. O.) verblieb.

Ganz anders im Falle der Zwangsversteigerung. Für sie hat der Berechtigte im Versteigerungserlös einen Gegenwert erhalten — einerlei ob durch Barempfang oder entsprechende Entlastung von Verbindlichkeiten —, der ihm gerade in dem hier streitigen Fall einer unabänderlichen Zwangsversteigerung nicht wieder entzogen werden kann.[1]) Könnte er trotzdem noch im Falle mangelnder Schuld an der Zwangsversteigerung zurücktreten, so hieße das, er behielte sein Äquivalent und bekäme trotzdem die seinerzeit dem Gegner gemachte Gegenleistung zurück. Dagegen wäre dann auch eine Berufung auf § 354 untunlich. Denn nur dem in Rückgewähr*verzug* befindlichen Berechtigten kann der Gegner die Ausschlußfrist setzen, also nur in einem hier, wo voraussetzungsgemäß die Rückleistung schuldlos unmöglich geworden sein soll, undenkbaren Fall.

Dieses schlechthin undiskutierbare Ergebnis ist die Folge der reichsgerichtlichen Prämisse. Sie ist eben falsch. Es bleibt eine ganz willkürliche Annahme, in dem für den Rücktrittsberechtigten endgültig und unabänderlich gewordenen Vermögen der Rückgabe eine objektive nach §§ 351 ff. zu behandelnde Unmöglichkeit zu erblicken.[2])

Anders liegt der Fall, daß das Unvermögen bereits vor dem Rücktritt ein endgültiges geworden ist. Aller-

---

[1]) vgl. Oertmann a. a. O. S. 520.

[2]) vgl. Oertmann a. a. O. S. 521.

dings könnte hier nach dem Obigen der Berechtigte an sich noch zurücktreten. Aber derselbe Grund, der ihm dies gestattete — das Nichtvorhandensein einer wahren Rückgabeunmöglichkeit — setzt ihn der Eventualität des Verzuges in der Rückleistung und damit der Anwendung des § 354 aus. Mit anderen Worten: gerade in dem hier angenommenen Falle ist es klar, daß der Rücktritt nach § 354 doch nachträglich wieder wirkungslos werden wird. Ihn da überhaupt noch zuzulassen, bedeutet einen unnützen Umweg. Nach Analogie des bekannten Satzes: dolo facit qui petit quod statim redditurus sit muß man der Rücktrittserklärung dessen, der erweislich doch nicht zurückgewähren und dem Unwirksamwerden des Rücktritts folglich nicht entgehen kann, von vornherein die Anerkennung versagen.[1])

Das wird in der Regel auch für den Fall gelten, daß der empfangene Gegenstand gerade vom Gegner erstanden ist. Schwerlich wird dieser ihn zurückzuverkaufen geneigt sein, um sich alsdann der Möglichkeit des Rücktritts auszusetzen. In dem bloßen Umstand, daß er auf den Rücktritt einzugehen sich weigert, möchten wir zugleich eine entsprechende Weigerung erblicken.

Dieses Ergebnis kann unter Umständen hart sein. Der Gegner hat die Sache gerade wegen des Mangels vielleicht, ja wahrscheinlich, entsprechend billiger erworben, kann also nunmehr die Differenz zwischen seinem Erwerbspreis und dem, was er früher vom Rücktrittsberechtigten — in unserem Falle vom Käufer — dafür erhalten hat, einfach für sich retten, obwohl er sie im Wege der Wandelung hätte herausgeben müssen. Indessen ist diese Folgerung, schon an sich viel erträglicher

[1]) Übereinst. Oertmann a. a. O.

als diejenige des Reichsgerichts, um deswillen nicht besonders gefährlich, weil dem Käufer trotz Ausschluß der Wandelung immerhin das Recht der Minderung bleibt, ein Recht, das gerade in den Fällen der fraglichen Art im Endergebnis sich wenig von der Wandelung unterscheiden wird; denn würde der Wandelungsberechtigte den versteigerten Gegenstand zurückerwerben und dann wandeln, so müßte er einen Teil des Betrages, den er mit der Wandelung zurückzuerlangen hoffen durfte, schon jetzt vorweg für die Wiederanschaffung des versteigerten Gegenstandes ausgeben. Dem Ergebnis nach würde also auch die Wandelung nur zu einer teilweisen Rückerstattung des früheren Kaufpreises führen, und der Hauptvorteil, den sie im übrigen hat, daß sich der Käufer mit einer mangelhaften Sache überhaupt nicht mehr zu befassen braucht, ist in unserem Falle ja schon ohnedies erreicht.[1])

Wegen des Falles, daß die Zwangsversteigerung nach vollzogener Wandelung eintritt, verweisen wir auf unsere Ausführungen oben S. 65, welche für die Zwangsversteigerung entsprechend gelten.

§ 5.

Wirkung des zufälligen Unterganges.

Nach gemeinem Recht wie nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch hat der Käufer einer Sache das Recht zur Wandelung in dem Falle, daß die Sache ohne seine Schuld zufällig bei ihm untergegangen ist.[2]) Diesen

---

[1]) So auch Oertmann a. a. O. S. 522.

[2]) vgl. l. 31 § 11, l. 38 § 3, l. 44 § 2, l. 47 § 1, l. 48 pr. D. de aedilicio edicto 21, 1.

Grundsatz überträgt das Bürgerliche Gesetzbuch auf das vertragsmäßige Rücktrittsrecht und läßt dieses auch dann zu, wenn der Gegenstand, den der Rücktrittsberechtigte empfangen hat und den er also zurückgewähren muß, durch Zufall untergegangen ist. „Diese Regelung[1]) entspricht dem wirtschaftlichen Zweck des Rücktrittsrechts, welcher dahin geht, dem Rücktrittsberechtigten bei einer Änderung der Umstände gegen etwaige nachteilige Folgen des Vertragsschlusses, zu denen auch die Folgen des Überganges der Gefahr gehören, Schutz zu gewähren."

Danach trägt bei einem unter dem Vorbehalt des Rücktritts abgeschlossenen Vertrage der Gegner des Rücktrittsberechtigten die Gefahr auch dann, wenn er seinerseits bereits geleistet hat. Unter „Zufall" ist nun jedes Ereignis zu verstehen, das ohne Vertretungspflicht des Rücktrittsberechtigten eintritt, mag es unvorhersehbar und unabweisbar gewesen sein, mag es auf Schuld des Leistenden oder dritter Personen beruhen. Demgemäß ist das Rücktrittsrecht trotz Unterganges des Empfangenen keineswegs auf den Fall beschränkt, daß der zurückzugewährende Gegenstand auch beim Gegner des Rücktrittsberechtigten vom Zufall betroffen sein würde.[2])

Der Berechtigte, der den zufällig untergegangenen Gegenstand nicht herausgeben kann, wird zufolge § 275 von seiner Verpflichtung zur Hergabe desselben befreit, behält aber nach § 346 den ihm zustehenden Anspruch auf Zurückgewährung der von ihm gemachten Gegenleistung. Denn § 348 Satz 2 erklärt lediglich die Vorschriften der §§ 320, 322, nicht aber die des § 323 für anwendbar (s. oben S. 35). Dieser Paragraph regelt den

---

[1]) vgl. Denkschr. S. 53.

[2]) vgl. Schollmeyer, Komm. zu § 350.

Einfluß des Zufalls (casus) auf gegenseitige Verträge. Casus ist ein die einem Teile obliegende Leistung unmöglich machender Umstand, den weder der eine noch der andere Teil zu vertreten hat.[1]) Nach § 323 trägt (im Anschluß an das deutsche Recht) derjenige Teil, dessen Leistung unmöglich geworden ist, die Gefahr, d. h. er ist nicht berechtigt, die Gegenleistung zu fordern, und die Gefahr geht also nicht mehr, wie dies nach der herrschenden Lehre des römischen Rechts[2]) beim Kaufe der Fall war, mit dem Vertragsschlusse auf den Gegenkontrahenten über.

Der Satz, daß zufälliger Untergang der Kaufsache den Käufer des Rechtes auf Wandelung nicht beraubt, gilt aber auch für die Zeit nach vollzogener Wandelung.[3]) Das folgt aus §§ 467, 350, 348.

Die abweichende Meinung von Mensing (S. 42) beruht auf der mit § 348 unvereinbaren Heranziehung des § 323 (s. oben).

Da der § 323 im § 348 nicht für anwendbar erklärt worden ist, so hat auch bei zufälligem teilweisen Untergang oder bei zufälliger Verschlechterung keine Minderung der Gegenleistung einzutreten. Die Vorschrift des § 350 ist aber dispositiver Natur. Durch Vereinbarung kann die Zulässigkeit des Rücktritts von der Bedingung abhängig gemacht werden, daß der Berechtigte den empfangenen Gegenstand in unversehrtem Zustande zurückgewährt.[4])

---

[1]) übereinst. Oertmann, Komm. zu § 350; Schollmeyer zu § 350; Staudinger 4 zu § 350 und Vorbem. zu §§ 323 ff.

[2]) vgl. § 3 J. de empt. et vend. (3, 23); Windscheid-Kipp § 390.

[3]) So auch Oertmann, Komm. S. 384; Schroeder S. 57.

[4]) vgl. Enneccerus S. 106 Anm. 4; Schollmeyer zu § 350.

Im Verkehr wird hiervon Gebrauch gemacht werden, da die allgemeine Bestimmung des § 350 möglicherweise zu Unbilligkeiten führen kann. Dies zeigt die Betrachtung des von Goldmann-Lilienthal (S. 403) sowie von Staudinger (zu § 350) behandelten Beispiels: A tauscht ein Pferd von B gegen einen Wagen, unter Vorbehalt des Rücktritts binnen vier Wochen. Er verkauft das Pferd ebenfalls unter Vorbehalt des Rücktritts binnen vier Wochen an C. Das Pferd geht bei C zufällig unter. A übt jetzt gegenüber B sein Rücktrittsrecht aus, erhält den Wagen ohne Gegenleistung zurück und behält den Kaufpreis. Dieses Ergebnis, so sehr es auch mit dem § 350 im Einklang zu stehen scheint, erscheint uns nicht billigenswert. Richtig ist allerdings, daß, da an und für sich der Rücktrittsvorbehalt nur obligatorisch wirkt, A zwar in seinem Verhältnisse zu B (bezüglich des Tauschgeschäftes) den Rücktritt erklären kann, ohne ihn in seinem Verhältnisse zu C (bezüglich des Kaufgeschäftes) zu erklären. Nimmt man aber an, die Sache sei nicht untergegangen, so liegt auf der Hand, daß A gleichwohl, um seine obligatio ad restituendum durchzuführen, also den Rücktritt gegenüber B zu ermöglichen (§ 354), auch den Rücktritt gegenüber C erklären müßte. In diesen Falle hätte er also auch seine obligatio ad restituendum dem C gegenüber zu erfüllen, könnte also den Kaufpreis unmöglich profitieren. Gesetzt den Fall, A hätte nur gegenüber B sich den Rücktritt vorbehalten, das Pferd an C ohne Rücktrittsvorbehalt verkauft, so würde der Rücktritt nach § 351 ausgeschlossen sein, da er die anderweitige Unmöglichkeit der Herausgabe der Sache verschuldet hätte (§ 351 s. oben). Wenn nun A den zufälligen Umstand, daß die Sache nach der Übergabe an C bei diesem untergegangen ist, benutzt, um diese an sich gegebene Notwendigkeit zu um-

gehen, so handelt er unseres Erachtens arglistig. Daher könnte B seinem Anspruch auf Rückerstattung des Wagens ohne Gegenleistung die Einrede der Arglist entgegensetzen.[1])

Ferner muß man dem B im Falle des Rücktritts des A einen Anspruch wegen ungerechtfertigter Bereicherung auf Herausgabe des Kaufpreises gewähren, den A von C erhalten hat. Denn zweifellos erlangt A den Kaufpreis des C nur auf Kosten des B und ohne rechtlichen Grund. Der rechtliche Grund, der ihn zur Erlangung des Kaufpreises befähigte, war der Tausch; dieser ist aufgehoben (causa finita, § 812 Abs. 1 Satz 2).

C trägt die Gefahr des Unterganges der Sache nur unter der Voraussetzung der Nichtausübung des Rücktritts ihm, dem C, gegenüber.

Entweder hat also A auch dem C gegenüber den Rücktritt zu erklären und dann den Kaufpreis an C zurückzugeben oder er hat den Kaufpreis als einen lediglich auf Kosten des B erlangten Vermögensvorteil dem B nach den Grundsätzen des Kondiktionenrechts zu erstatten.[2])

In den Fällen des § 350 ist endlich auch eine Anwendung des § 281 [3]) möglich. Denn der Umstand, der die Unmöglichkeit der Leistung bewirkt, kann zugleich dem Vermögen des Schuldners einen Ersatz oder eine Ersatzforderung zuführen.

Erlangt der Schuldner infolge des Umstandes, welcher die Leistung unmöglich macht, für den geschuldeten Gegenstand einen Ersatz oder Ersatzanspruch, so kann der Gläubiger Herausgabe des als Ersatz Empfangenen oder

---

[1]) So auch Staudinger zu § 350, vgl. dessen Bem. 1—7 zu § 242.

[2]) So auch Staudinger 5 zu § 350 (dort mehrere Druckfehler).

[3]) Sogen. Surrogationsprinzip vgl. l. 1 § 47, 2 D. 16, 3, l. 35 § 4 D. 18, 1; ferner Kisch S. 198 ff.

Abtretung des Ersatzanspruches verlangen (§ 281 Abs. 1). Z. B. A und B schließen einen Tauschvertrag: A erhält von B ein Pferd, B von A ein Rind. A behält sich den Rücktritt binnen 4 Wochen vor. Kurze Zeit nach dem Tausche fällt das Pferd durch einen Zufall.

A tritt zurück und erhält gemäß § 350 an sich das Rind ohne Gegenleistung zurück. Hatte er das Pferd versichert, so muß er den Anspruch aus dem Versicherungsvertrage an B abtreten.[1])

[1]) vgl. Goldmann-Lilienthal S. 403; Oertmann, Komm. 2 zu § 281; Keidel 1 zu § 281; besonders Kisch S. 201.

Robert Noske, Borna-Leipzig, Großbetrieb für Dissertationsdruck.